Die Stellung des unbeteiligten Arbeitnehmers im tarifgebundenen Betriebe

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Heinz-Jürgen Pondorf
Kammergerichtsreferendar

Spezialdruckerei für Dissertationen: Dr. Herm. Eschenhagen, K.-G., Ohlau i. Schl.

1929

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. iur et phil. Rosenstock-Hüssy

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Einleitung 1

I. Abgrenzung des Problems 1

II. Plan der Arbeit 2

B. Theoretischer Teil 3

I. Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer . 3

1. Das Arbeitsvertragsverhältnis 5

a) Der Arbeitsvertrag im weitesten Sinne 5

b) Der Arbeitsvertrag im engeren Sinne 7

2. Das Beschäftigungsverhältnis 9

3. Das Wesen des Arbeitsvertrages im engeren Sinne . . . 13

a) Privatrechtlicher Vertrag 13

b) Schuldrechtlicher Vertrag 14

c) Dienst- oder Werkvertrag 15

4. Die Arten des Arbeitsvertrages 16

II. Das Tarifrecht 18

1. Definition des Tarifvertrages 18

2. Der Inhalt des Tarifvertrages 20

a) Der normative Teil 20

b) Die rechtliche Natur des Tarifvertrages 22

c) Der obligatorische Teil 25

3. Abschluß des Tarifvertrages 27

a) Möglichkeiten des Zustandekommens eines Tarifvertrages . 27

b) Parteien 28

4. Wirkungen des Tarifvertrages 32

a) des normativen Teils 32

α) Grenzen des Tarifvertrages 34

β) Tarifkonkurrenz 36

b) des obligatorischen Teils 38

5. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung 38

C. Praktischer Teil 42

I. Der Begriff des unbeteiligten Arbeitnehmers 42

II. Wirtschaftliche Bedeutung des unbeteiligten Arbeitnehmers . . 46

1. Arbeitnehmer und Tarifgedanke 46

2. Der unbeteiligte Arbeitnehmer 50

3. Gewerkschaften und Unorganisierte 54
III. Die rechtliche Stellung des unbeteiligten Arbeitnehmers . . . 56
1. Abgrenzung des Unbeteiligten 56
a) Mitglieder der vertragschließenden Vereinigungen . . . 60
b) Ehemalige Mitglieder der vertragschließenden Vereinigungen 61
c) Tarifbeteiligte wegen Berufung auf den Tarifvertrag . . . 66
2. Schutz der Unbeteiligten 72
IV. Der Unbeteiligte beim Vorliegen eines gesetzmäßigen Tarifvertrages 80
V. Der Unbeteiligte beim Vorliegen eines nicht gesetzmäßigen Tarifvertrages 89
VI. Der Unbeteiligte beim Vorliegen eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages 91
D. Schluß 93
Die Regelung de lege ferenda 93

Literaturverzeichnis.

Anthes, Hans Georg, Tarifkonkurrenz, bei Kaskel, Hauptfragen S. 166/173.

Arbeitszeit, Begründung zu der Verordnung über die, — vom 21. 12. 1923.
Reichsarbeitsblatt 1924, Amtlicher Teil, S. 16/18.

Baum, Georg, Das Recht des Arbeitsvertrages. Gloeckner, Leipzig 1911.

— Das Recht des Arbeitstarifvertrages in der sozialistischen Republik. Juristische Wochenschrift 1919, S. 70/74.

— Organisationszwang und Tarifvertrag. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1922, Sp. 22/30.

Becker, Erich, Die Tarifnormenkollision. Leipziger Diss., 4. Heft der Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig. Deichert (Werner Scholl). Erlangen/Leipzig 1924.

Biensfeldt, Johannes, Die Organisationsklausel, Koalitionsfreiheit und Tarifvertrag. Reichsarbeitsblatt 1921, Nichtamtlicher Teil, S. 763/764.

— Die Organisationsklausel. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923, Sp. 533/544.

— Die Tariffähigkeit von Berufsvereinen, Hanseatische Rechtszeitschrift, 1923, Sp. 233/237.

Bormann, Artur, Die Abgrenzung der normativen und obligatorischen Bestimmungen im Tarifvertrag. Bei Kaskel, Hauptfragen, S. 59/67.

Buddeberg, Else, Die Rechtsstruktur der Tariffähigkeit, Schlichtungswesen 1926, S. 180/183.

Bühler, Organisationszwang und Tarifvertrag. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1922, Sp. 157/163.

Buschmann, Zur Rechtsnatur des Arbeitsvertrages. Eine Entgegnung auf Professor Sinzheimers „Grundzüge des Arbeitsrechts". Der Arbeitgeber 1922, S. 353/356.

Büsing, H., Der Gruppenarbeitsvertrag. Ein Beitrag zur Lehre vom Arbeitsvertrage. H. W. Köbener & Co., Altona, Elbe 1926.

c. W., Wie sind die Unorganisierten zu beurteilen? Deutsche Werkmeister-Zeitung 1927, S. 289/291.
Dannehl, Zur Frage der Tariffähigkeit. Soziale Praxis, Bd. 29, Sp. 597/598.
Dechant, Hans, Der Kollektivvertrag nach österreichischem und deutschem Rechte. Rikola-Verlag, Wien/Leipzig/München, 1923.
Dersch, Hermann, Betriebsrätegesetz. Bensheimer, Mannheim, 1920.
— Die neue Schlichtungsverordnung. Bensheimer, Mannheim, 1924.
— Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Berufsvereinsrecht. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1926, Sp. 449/468.
Dersch, Hermann, *Flatow*, Georg, *Hueck*, Alfred, *Nipperdey*, Hans Carl, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht. I. Bd., Das kollektive Arbeitsrecht und das Arbeitsvertragsrecht von 1919—1926, II. Bd., von 1926 bis 1928. Bensheimer, Mannheim, 1926 und 1929.
Dersch, Hermann, *Volkmar*, E., Arbeitsgerichtsgesetz. 2. Aufl. Bensheimer, Mannheim, 1927.
Dörfler, Zwei Fragen aus dem Arbeitsrecht. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1926, Sp. 23/28.
Enneccerus, Ludwig, *Kipp*, Theodor, *Wolff*, Martin, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I, 2, Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 15/17. Aufl. Elwert, Marburg, 1922.
Erdel, Anton, Das Arbeitsrecht. I. Teil, Kollektives Arbeitsrecht. II. Teil, Individuelles Arbeitsrecht. Gloeckner, Leipzig 1923 und 1924.
— Zum Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes, Schlichtungswesen, 1921, S. 117/120.
— Bedeutung der Verbandszugehörigkeit für die Tarifvertragsgeltung. Schlichtungswesen 1921, S. 222/224.
— Zwangsverbindlichkeit von Tarifverträgen. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1922, Sp. 73/88.
— Rückwirkende Allgemeinverbindlichkeiterklärung von Tarifverträgen, Schlichtungswesen 1922, S. 4/5.
— Tarifberechtigung. Schlichtungswesen 1925, S. 2/3 und S. 229/230.
Erdmann, Gerhard, Die Rechtslage nach Ablauf eines Tarifvertrages. Schriften der Vereinigung der Deutschen

Arbeitgeberverbände, Heft 10. Fr. Zillessen (Heinrich Beenken), Berlin.
— Die Verordnung über die Arbeitszeit (Arbeitszeitnotgesetz), 3. Aufl. Otto Elsner, Berlin 1927.
Fabricius, Grenzen der allgemeinen Verbindlichkeit. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1928, Sp. 25/30.
Falkenstein, Hans, Der allgemeinverbindliche Tarif, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 154/157.
Flatow, Georg, Betriebsräte-Gesetz, 12. verbesserte Aufl., Springer, Berlin 1927.
— Arbeitsrechtliches aus den Jahresberichten der Gewerbeaufsichtsbeamten, 1923/24. Reichsarbeitsblatt 1926. Nichtamtlicher Teil, S. 290/292.
— Betriebschaft. Gewerkschaftszeitung, 1926, S. 142/144.
Flatow, Georg, *Gerstel*, Alfred, *Hueck*, Alfred, *Nipperdey*, Hans Carl, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte. (Bensh. Samml.) Bensheimer, Mannheim, 1927 ff.
Flatow, Georg, *Joachim*, Richard, Die Schlichtungsverordnung vom 30. Oktober 1923, Springer, Berlin 1924.
Fögen, Hermann, Gewollte Tarifunfähigkeit, bei Kaskel, Hauptfragen. S. 71/83.
Fraenkel, Ernst, Die gewerkschaftliche Betätigung von Betriebsratsmitgliedern. Arbeitsrecht 1926. Sp. 355/362.
Freisler, Roland, Tarifkonkurrenz. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1923, Sp. 477/482.
Gallas, Wilhelm, Die Unabdingbarkeit der Tarifvertragsnormen, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 83/91.
Gätcke, Ernst, Das Vereinigungsrecht, Heft 10 der Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für öffentliches Recht und Sozialrecht. Verlag Lütcke und Wulff, Hamburg 1922.
Gauß, Die „Absperrungsklausel" in Tarifverträgen, Juristische Wochenschrift 1921, S. 521/522.
Gerber, Hans, Zum Streit um die gewollte Tarifunfähigkeit, Kaufmann in Wirtschaft und Recht, 1926, S. 539/553.
Gewerbeaufsichtsbeamte, Jahresberichte der preußischen Gewerbeaufsichtsbeamten und Bergbehörden. Herausgegeben vom Ministerium für Handel und Gewerbe.
für 1923/24 Berlin 1925
„ 1925 „ 1926

für 1926 Berlin 1927
„ 1927 „ 1928.

von Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, III. Bd. Schuldrecht. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1917.

Giesberts, J., *Sitzler*, F., Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, vom 23. Dezember 1918, 5. ergänzte Aufl. Vahlen, Berlin 1920.

Giese, Friedrich, Das Arbeitsrecht in der Reichsverfassung. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1923, Sp. 209/224.

Gieseke, Besprechung zu „Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht". Gruchots Beiträge, Bd. 67, S. 214/219. Vahlen, Berlin, 1925.

Göppert, H., Gewollte Tarifunfähigkeit. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1925, Sp. 321/334.

Goerrig, Franz, Das Arbeitsrecht in der Praxis. Eine Halbjahresschau, bisher 5 Bände. Bd. 1—4: R. Oldenbourg, München/Berlin 1925/26. Bd. 5: Friedrich A. Wordel, Leipzig 1928.

— Die Zulässigkeit der Organisationsklauseln. Schlichtungswesen 1923, S. 1/2.

Goerrig, Rudolf, Berliner Arbeitgeberbriefe. Druck und Verlag R. Goerrig.

Groh, Wilhelm, Koalitionsrecht. Heft 3 der Abhandlungen zum Arbeitsrecht, von Kaskel und Sitzler, Bensheimer Mannheim, 1923.

Grote, Otto, Tarifkonkurrenz, bei Kaskel, Hauptfragen Seite 158/165.

Günther, Adolf, Arbeiterschutz und Arbeitsrecht, de Gruyter, Berlin/Leipzig 1920.

Hachenburg, Max, Dienst- und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch, Bensheimer, Mannheim 1898.

Hardt, Conrad, Tariffähigkeit, Tarifwille, Tarifberechtigung. Schlichtungswesen 1925, S. 204/206.

Hedemann, Justus Wilhelm, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrh. 1. Teil, Die Neuordnung des Verkehrslebens. Heymann, Berlin 1910.

Herrfahrdt, Heinrich, Der Zwangstarif, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 146/154.

Herz, Ernst, Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag, Iherings Jahrbücher,

Bd. 74, S. 1/68. Fischer, Jena 1924.
Hess, Ein Jahr Anwaltsboykott. Juristische Wochenschrift 1928, S. 1637/1639.
Hirschfeld, Zur Frage der Vertretung vor den Arbeitsgerichten. Juristische Wochenschrift 1928, S. 1639/1641.
Hoeniger, Heinrich, *Schultz*, Rudolf, *Wehrle*, Emil, Jahrbuch des Arbeitsrechts, bisher 8 Bände. Bensheimer, Mannheim 1922/1928.
Hueck, Alfred, Das Recht des Tarifvertrages unter besonderer Berücksichtigung der V.O. vom 23. 12. 1918. Vahlen, Berlin 1920.
— Handbuch des Arbeitsrechts. 1. Buch, Einleitung: Entwicklung, Rechtsquellen, Grundbegriffe des Arbeitsrechts. 2. Buch, Das Arbeitsvertragsrecht. 3. Buch, Das Tarifrecht. Hess, Stuttgart, 1922.
— Normenverträge, Iherings Jahrbücher, Bd. 73, S. 33/118. Verlag Fischer, Jena 1923.
— Der Entwurf zu einem Arbeitstarifgesetz, Juristische Wochenschrift 1921, S. 613/617.
— Konkurrenz von Gesamtvereinbarungen. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1926, Sp. 385/406.
— Gewollte Tarifunfähigkeit. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1926, Sp. 641/654.
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Bd., Bensheimer, Mannheim 1927/28.
Jacobi, Erwin, Grundlehren des Arbeitsrechts, Deichert (Werner Scholl) Leipzig 1927.
— Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, vgl. unter Becker, Molitor, Nikisch, Potthoff.
Jadesohn, Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands, 2 Bände, Spaeth & Linde, Berlin 1923/24.
Joerges, Rudolf, Tariffähigkeit und Tarifberechtigung. Schlichtungswesen 1924, S. 156/161.
— Tariffähigkeit und Tarifberechtigung, Tarifzuständigkeit und Tarifabschlußfähigkeit, Tarifabschlußwille und Tarifinhaltswille. Schlichtungswesen 1926, S. 21/26.
Jutzi, W., Zur Lehre vom Tarifbruch, Arbeitsrecht 1922, Sp. 727/732.
Kallee, Kartenauskunftei des Arbeitsrechts. Verlag für Wirtschaft und Verkehr, Stuttgart.

Kallee, A., *Gros*, P., Taschenbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Verlag für Wirtschaft und Verkehr, Stuttgart 1928.
Kandeler, Hermann, Gibt es eine gewollte Tarifunfähigkeit? Kaufmann in Wirtschaft und Recht 1924, S. 414/418 und 1926, S. 49/59.
Kaskel, Walter, Arbeitsrecht, 31. Bd. der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kaskel, Kohlrausch und Spiethoff, 3. erweiterte Aufl., Springer, Berlin 1928.
— Das Neue Arbeitsrecht, 4. unveränderte Aufl., Springer, Berlin 1922.
— Koalitionen und Koalitionskampfmittel, Springer, Berlin 1925.
— Hauptfragen des Tarifrechts, Springer, Berlin 1927.
— Zur Lehre vom Tarifbruch, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1922, Sp. 397/418 und Sp. 477/488. Auch Sonderdruck, Bensheimer, Mannheim.
— Tariffähigkeit und Tarifberechtigung. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1926, Sp. 1/12.
— Betriebschaft, Gutachten. Gewerkschaftszeitung 1926, S. 230/231.
Katz, Hanna, Lücken im Arbeitsvertrag, Heft 2 der Abhandlungen zum Arbeitsrecht, von Kaskel und Sitzler, Bensheimer, Mannheim, 1922.
Kreller, Hans, Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Archiv für Zivilistische Praxis, Bd. 122, S. 1/35. Mohr, Tübingen 1924.
Krotoschin, Ernst, Sonstige Normenverträge, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 31/40.
Kurlbaum, Georg, Die Organisationsklausel, bei Kaskel, Koalitionen, Sp. 78/87.
Lange, Erich, Nochmals: Zwangstarif und gewollte Tarifunfähigkeit. Im Schlichtungswesen 1925, S. 122/123.
von der *Linde*, Friedrich Wilhelm, Entwicklung und Tätigkeit der Arbeitnehmerorganisation in den Jahren 1926/28. I. Der Arbeitgeber, 1928, S. 567/571, II. Der Arbeitgeber, 1929, S. 36/40.
Lehmann, Heinrich, Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts, Kölner Rektorratsrede. Oskar Müller, Köln, 1922.
Lotmar, Philipp, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 2 Bände. Duncker und Humblot,

Leipzig, 1902 und 1908.
Meissinger, Konkurrenz von Fachtarifen und Berufsgruppentarifen für berufsfremde Arbeiter. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923, Sp. 33/40.
— Ortsüblichkeit als Rechtsquelle für den Arbeitsvertrag. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1927, Sp. 665/674.
— Tarifanspruch und Aktivlegitimation der Gewerkschaften im Tarif- und Schlichtungsrecht, Reichsarbeitsblatt 1925, Nichtamtlicher Teil S. 200/202.
— Die Tragweite der allgemein verbindlichen Tarifverträge. Der Arbeitgeber, 1927, S. 289/292.
Melsbach, Erich, Deutsches Arbeitsrecht, de Gruyter, Berlin 1923.
— Die Rechtsfähigkeit der tariffähigen Vereinigungen. Leipziger Zeitschrift 1925, Sp. 19/26.
Molitor, Erich, Das Wesen des Arbeitsvertrages, 7. Heft der Schriften des Instituts für Arbeitsrechts an der Universität Leipzig. Verlag Deichert (Werner Scholl), Leipzig 1925.
— Die unmittelbare Wirkung der Tarifverträge. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923, Sp. 41/46.
— Die Rechtsnatur der Arbeitsordnung und der Tarifbestimmungen, Arbeitsrecht 1923, Sp. 321/346.
Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Bensheimer, Mannheim, 1925.
Müller, Die Organisationsklausel, Koalitionsfreiheit u. Tarifvertrag. Reichsarbeitsblatt 1921, Nichtamtlicher Teil, S. 984/986.
Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag. 11. Heft der Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig. Hobbing, Berlin 1926. Vgl. dazu Besprechung von Molitor in JW. 1927, S. 229.
Nipperdey, Hans Carl, Beiträge zum Tarifrecht, Bensheimer, Mannheim, 1924.
— Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Tarifrecht (1919—1925). Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1926, Sp. 193/214; 273/292; 333/352.
— Der Schiedsspruch auf Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer, Arbeitsrecht 1924, Sp. 553/586.

Nolting-Hauff, Koalitionsfreiheit und Organisationsklausel. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1928, Sp. 461/476.
Nörpel, Cl., Tariffähigkeit und Tarifberechtigung, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 67/71.
— Tarifbruch nur durch Verband oder auch durch Verbandsmitglieder? Arbeitsrecht 1923, Sp. 481/488.
— Tarifberechtigung und Tariffähigkeit, Schlichtungswesen 1925, S. 163/164.
— Die Bestimmung des Begriffs „Gewerkschaften", „Die Arbeit" 1927, S. 609/618.
Nußbaum, Arthur, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Springer, Berlin 1922.
Oertmann, Paul, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Stilke, Berlin 1923.
— Nachwirkung von Tarifverträgen, Schlichtungswesen 1924, S. 181/183.
— Ueber gewollte Tarifunfähigkeit, Schlichtungswesen 1925, S. 97/99.
Oppermann, Der Rechtsbegriff des Arbeitsverhältnisses, Arbeitsrecht 1926, Sp. 29/38.
Osthues, Die Ausschaltung des § 616 BGB. durch Vertrag, (Arbeitsordnung, Tarif). Schlichtungswesen 1922, Seite 220/221.
Pick, Georg, Tariffähigkeit und Tarifberechtigung. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1926, Sp. 469/476.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Herausgeber Strohal u. a. II. Bd., 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., de Gruyter, Berlin 1928.
Potthoff, Heinz, Probleme des Arbeitsrechts, Diederichs, Jena, 1912.
— Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, 5. Heft der Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig. Deichert (Werner Scholl), Erlangen 1925.
— Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag, Arbeitsrecht 1922, Sp. 28/30.
— Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? Arbeitsrecht 1922, S. 267/284.
— Das Arbeitsverhältnis. Arbeitsrecht 1922, Sp. 369/374.
— Arbeitsvertrag, Zwangsgesetz, Tarifsatzung. Arbeitsrecht 1922, Sp. 427/434.

Potthoff, Heinz, Gesellschaftsverhältnis statt Arbeitsverhältnis. Arbeitsrecht 1922, Sp. 731/734.
— Tarifbruch durch Verbandsmitglieder, Arbeitsrecht 1923, Sp. 193/212.
— Organisationszwang und Lebensrecht. Arbeitsrecht 1925, Sp. 219/221.
— Zivilrecht, Arbeitsrecht und Steuerrecht. Arbeitsrecht 1925, Sp. 241/256.
— Kritische Glossen zum Koalitions- und Kollektivrecht. Gewollte Tarifunfähigkeit. Arbeitsrecht 1925, Sp. 699/704.
— Betriebsrat und Vereinigungsrecht, Arbeitsrecht 1925, Sp. 723/728.
— Kritisches zur Koalitionsrechtsprechung, Arbeitsrecht 1926, Sp. 785/796.
— Arbeitsvertrag und Anstellungsvertrag. Arbeitsrecht 1927, Sp. 179/186.
— Wer darf auf Grund eines Tarifvertrages über 48 Stunden wöchentlich hinaus beschäftigt werden? Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1927, Sp. 87.
— Tarifvertrag und nichtiger Arbeitsvertrag. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1928, Sp. 549/556.
— Die Berufung auf einen Tarifvertrag, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1928, Sp. 729/738.
— Wesen und Ziel des Arbeitsrechtes, Reichsarbeitsblatt 1922, Nichtamtlicher Teil, S. 506/508.
— Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag. Reichsarbeitsblatt 1925, Nichtamtlicher Teil, S. 758/760.
— Zur jüngsten Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts. Deutsche Juristen-Zeitung 1927, Sp. 1656/1660.
— Die Rechtsform des Arbeitsverhältnisses, Juristische Wochenschrift 1927, S. 225/228.
— Tariffähigkeit als gesetzliche Eigenschaft, Schlichtungswesen 1925, S. 141/142.
— Die gesetzliche Grundlage des Arbeitsverhältnisses. Deutsche Richter-Zeitung 1926, S. 47/48.
Potthoff, Heinz, *Jadesohn*, *Meissinger*, H., Rechtsprechung des Arbeitsrechts, 1914/1927. 2. Aufl. (Rspr. 14/27 Nr...) dgl. 1928. Heß, Stuttgart, 1927 und 1928.
Priebe, W. A., Die Tarifberechtigung. Schlichtungswesen 1925, S. 187/191; S. 201/204.

Reichsverband, Landarbeitgeber, Spruchpraxis zum ländlichen Arbeitsrecht.
Richter, Lutz, Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, 3. Heft der Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig. Deichert, (Werner Scholl), Erlangen. Vgl. dazu Nipperdeys Besprechung, in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923, Sp. 451.
— Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, Hobbing, Berlin 1928. Vgl. dazu Bespr. von Nikisch, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1929, Sp. 41.
Richter, Hermann, Zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Reichsarbeitsblatt 1922, Nichtamtlicher Teil, S. 733/734.
Riezler, Erwin, Der Werkvertrag, 4. Bd., 4. Heft der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß von Dr. Otto Fischer. Fischer, Jena, 1900.
Rohlfing, Die Koalitionszwangsmittel bei Kaskel, Koalitionen, S. 92/96.
Rosenstock, Eugen, in Verbindung mit May, Eugen, Grünberg, Martin, Werkstattaussiedlung. Sozialpsychologische Forschungen, II. Band. Springer, Berlin 1922.
Rosenstock, Eugen, Vom Industrierecht. Festgabe für Xaver Gretener, Sack, Berlin 1926.
— Lebensarbeit in der Industrie und Aufgaben einer europäischen Arbeitsfront. Springer, Berlin 1926.
Rümelin, Gustav, Dienstvertrag und Werkvertrag, Mohr, Tübingen 1905.
Rundstein, S., Die rechtliche Natur des „unbegrenzten" Arbeitstarifvertrages. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 72, S. 83/103.
— Beiträge zur Dogmatik des Tarifvertragsrechts, Archiv für bürg. R., Bd. 36, S. 204/296, Heymann, Berlin 1911.
Schall, W., Das Privatrecht der Arbeitstarifverträge. Iherings Jahrb., Bd. 52, S. 2/208. Fischer, Jena, 1907.
Schneider, Alfred, Die Bedeutung der Organisationsklausel in der Praxis, bei Kaskel, Koalitionen, S. 87/92.
Schoppen, Zur Frage der Tariffähigkeit. Schlichtungswesen 1925, S. 121/122.
Schulz, Kurd, Der tatsächliche Inhalt des Tarifvertrages, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 40/59.
Schwenk, Heinz, Hat ein Minderjähriger, der sich gegen den

Willen seines gesetzlichen Vertreters verdingt, einen Lohnanspruch wegen seiner geleisteten Dienste? Breslauer Diss., Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, Breslau 1929.
Silberschmidt, W., Das neue Arbeitsrecht, I. Bd., Verlag Schweitzer (Arthur Sellier), München 1926.
— Die Zeitdauer als Einteilungsgrund der vertraglichen Schuldverhältnisse. Bayr. Rechtspflege Z. Bd. 12 (1916), S. 369/375.
— Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 79, S. 465/479.
— Arbeitsverhältnis und Schuldverhältnis, Juristische Wochenschrift 1923, S. 221/224.
— Zum Rechtsbegriff des Arbeitsrechts, Arbeitsrecht 1923, Sp. 409/419 (mit Nachwort von Potthoff).
— Kann eine tariffähige Organisation die Tarifberechtigung rechtswirksam ausschließen? Gutachtliche Aeußerung. Schlichtungswesen 1925, S. 186/187.
— Die abhängige Arbeit im Lichte der neuesten Forschung. Leipziger Zeitschrift 1927, Sp. 286/301.
Simson, Gerhard, Die Rechtsnatur des Tarifvertrages, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 15/31.
Sinzheimer, Hugo, Ein Arbeitstarifgesetz. Duncker & Humblot, München/Leipzig 1916.
— Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 2 Teile, Duncker & Humblot, Leipzig 1907 und 1908.
— Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Fischer, Jena, 1927.
— Das zukünftige Arbeitsrecht in Deutschland. Verlagsgesellschaft des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes, Berlin 1922.
— Begründung zu dem Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes. Reichsarbeitsblatt, Amtl. Teil 1921, S. 493/497.
— Die Absperrungsklausel in Tarifverträgen und ihre Wirkung auf abgesperrte Arbeitnehmer, Juristische Wochenschrift 1921, S. 304/306.
Sitzler, F., Tarifvertragsrecht, Vahlen, Berlin, 1921.
Sitzler, F., *Gaßner*, G., Die Schlichtungsverordnung vom 30. Oktober 1923, 3. Aufl., Vahlen, Berlin, 1924.
Sozialpolitik, Deutsche — 1918/1928. Erinnerungsschrift des Reichsarbeitsministeriums. Mittler & Sohn, Berlin 1929.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und

dem Einführungsgesetz, II. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, erläutert von Karl Kober und Hans Carl Nipperdey, 9. Aufl., Schweitzer, (Arthur Sellier), München 1928.

Teichmann, R., Unter Mitwirkung von Oegg, Fr. und Wunderlich, Carl, Arbeitsgerichtliche Entscheidungen, Heymann, Berlin.

Titze, Heinrich, Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse. Bd. VIII. der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft von Kaskel-Kohlrausch, Springer, Berlin, 1923.

Tyczka, Leonhard, Die Tarifvertragsfähigkeit der Werksvereine, Breslauer Diss. 1928. Druck Eschenhagen, Ohlau.

Vanselow, Gerhard, Einzelarbeitsvertrag und Tarifvertrag. Neue Zeitschrift für Arbeitrecht 1924, S. 331/338.

Volkmar, Erich, *Feig*, Johannes, *Wagemann*, Gustav, *Harmening*, Rudolf, Die Rechtsprechung in Arbeitssachen (Rspr. in ArbS.) Stilke, Berlin.

Vollbrecht, W., Fördert ein allgemeines Arbeitsvertragsrecht neben dem Tarifvertragsrecht die Einheit des Arbeitsrechtes? Reichsarbeitsblatt 1921, Nichtamtlicher Teil, S. 1239/1240.

Warncke, Hans, Kann ein Arbeitnehmer, der nicht organisiert ist, die gesetzliche Kündigungsfrist statt der im allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzten Frist fordern, wenn die Bekanntmachung der Allgemeinverbindlicherklärung, sowie die Eintragung in das Tarifregister kurz nach, die Entscheidung des Reichsarbeitsministers aber kurz vor der Entlassung erfolgt ist? Schlichtungswesen 1924, S. 152.

Wölbling, P., Die neue Verordnung über Tarifverträge, Deutsche Juristen-Zeitung 1919, Sp. 299/303.

Woytinsky, Wl., 10 Jahre neues Deutschland, Rudolf Mosse, Buchverlag, 1929.

Zimmermann, Waldemar, Koalitionsfreiheit und Organisationszwang, Soziale Praxis, Bd. 31, Sp. 145/149, 162/164.

Die im Text gebrauchten Abkürzungen sind, soweit sie Zeitschriften betreffen, die üblichen. Im übrigen ergeben sie sich aus dem vorstehenden Literaturverzeichnis.

A. Einleitung.

I. Abgrenzung des Problems.

Der Ausbau einer deutschen Arbeitsrechtswissenschaft, die ihre Krönung in dem einheitlichen Gesetzbuch der Arbeit finden soll, erheischt eine Klärung der Einzelfragen in monographischer Kleinarbeit. Denn nur dadurch, daß die Teilgebiete genügend geklärt sind, kann ein einheitliches Ganzes entstehen. Die Berechtigung einer Untersuchung über das hier in Rede stehende Thema würde sich also schon aus diesem Gesichtspunkte ergeben. Im weiteren Verlauf der Arbeit wird sich aber zeigen, daß das vorliegende Problem wegen seiner großen praktischen Bedeutung eine Untersuchung um seiner selbst willen rechtfertigt.

Das Thema deutet das Problem in den Worten: „Die Stellung des unbeteiligten Arbeitnehmers" an. Die rechtliche und wirtschaftliche Lage des Arbeitnehmers, der nach der Bestimmung des § 1 Abs. 2 TVVO. von 1918/1928 nicht „Beteiligter" an einem Tarifvertrage ist, soll untersucht werden. Dabei ist nicht nur das Recht des „Außenseiters", wie der unbeteiligte Arbeitnehmer meist genannt wird, darzustellen, es ist vor allem auch auf seine Stellung im Verhältnis zu den Beteiligten in demselben Betriebe zu achten und festzustellen, welche Vorteile oder Nachteile der „Außenseiter" genießt, m. a. W., ob das Recht des unbeteiligten Arbeitnehmers mit den Grundsätzen unserer heutigen Rechtsauffassung in Einklang steht, und ob Wirtschaft und Recht zu der größtmöglichen Zusammenarbeit bei der Nutzbarmachung der Kräfte gekommen sind.

Aber nicht das Recht eines jeden unbeteiligten Arbeitnehmers soll dargestellt werden, sondern nur desjenigen „im tarifgebundenen Betriebe". Diese Beschränkung ist notwendig, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der unbeteiligte Arbeitnehmer im nicht tarifgebundenen Betriebe für die r e c h t l i c h e Behandlung bei dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung keine Schwierigkeiten bietet. Gesetz und freie Vereinbarung bieten eine ausreichende Grundlage, um

seine Rechte und Pflichten bestimmen zu können. Die Schwierigkeiten treten erst dann auf, wenn ein Arbeitgeber, der seinerseits an einen Tarifvertrag gebunden ist, „Außenseiter" beschäftigt und es darauf ankommt, über die Anwendbarkeit der Bestimmungen eines Tarifvertrages — und damit der Grundsätze des Tarifvertragswesens überhaupt — auf ein Vertragsverhältnis zu entscheiden, bei dem das Gesetz die Anwendung zum mindesten nicht ausdrücklich vorschreibt.

II. Plan der Arbeit.

Der Weg der Untersuchung wird entscheidend dadurch beeinflußt, daß das Gesetz zu dem Problem überhaupt keine Stellung genommen und die Literatur nur Einzelfragen behandelt hat. Daß eine gesetzliche Regelung nicht vorhanden ist, erscheint natürlich, wenn man an die Entwicklung des Tarifwesens nach dem Kriege denkt und sich vergegenwärtigt, daß ein in gewisser Beziehung völlig neues Tarifrecht im Jahre 1918 geschaffen wurde. Die TVVO. wollte und konnte nur kurz das Wesentliche geben und mußte naturgemäß in erster Linie den wirtschaftlichen Verhältnissen der damaligen Zeit gerecht werden, als ungeheure Arbeitermassen aus dem Kriege zurückströmten und aus bestimmten Gründen den Berufsvereinigungen zustrebten. Die Aenderung der wirtschaftlichen Grundbedingungen und die veränderte Stellung der Arbeitnehmer zu den Berufsvereinigungen ist bei der Neufassung der TVVO. im Jahre 1928 noch nicht berücksichtigt worden, weil man an der provisorischen Regelung bis zur Fertigstellung des Tarifvertragsgesetzes aus Gründen der rationellen Arbeit festhielt.

Dem Verhalten des Gesetzgebers entsprechend, hat auch die Literatur zu dem Problem bisher keine Stellung genommen, abgesehen von einigen Einzelfragen, die in der Praxis der Gerichte auftauchen und daher nur eine begrenzte Erörterung hervorriefen. Da somit jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, inwieweit die Rechtslage des unbeteiligten Arbeitnehmers durch das Tarifrecht beeinflußt wird, und da andererseits in der neuen Arbeitsrechtswissenschaft der Arbeitsvertrag nicht mehr als die notwendige Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern angesehen wird, muß die Untersuchung zunächst in eine Er-

örterung des Arbeitsvertrags- und des Tarifvertragsrechts eintreten. Dabei hat sich die Darstellung des Arbeitsvertragsrechts nicht in dem Nachweis zu erschöpfen, ob der Arbeitsvertrag heute noch Bedeutung hat, sondern muß ohne Rücksicht auf die Entscheidung dieser Frage positive gesetzliche Bestimmungen zu erbringen versuchen, auf die sich die rechtlichen Beziehungen zwischen tarifgebundenen Arbeitgebern und unbeteiligten Arbeitnehmern gründen können. Das Tarifrecht hat im Rahmen dieser Arbeit eine doppelte Aufgabe: Einmal muß seine Bedeutung überhaupt — insbesondere für das Einzelarbeitsverhältnis — dargestellt werden, dann aber muß es auch die Ableitung des Begriffes eines unbeteiligten Arbeitnehmers vorbereiten. Erst nach diesen Untersuchungen wird eine sichere Grundlage gefunden sein, um das Recht des unbeteiligten Arbeitnehmers in tarifgebundenem Betriebe darzustellen.

Im einzelnen ergibt sich also folgendes Bild: In einem mehr theoretischen Teile sollen die beiden großen Grundpfeiler, das Arbeitsvertrags- und das Tarifrecht, soweit sie für das Thema von Bedeutung sind, in möglichster Beschränkung erörtert werden. Der zweite Teil geht von einer sich dann ergebenden Definition des unbeteiligten Arbeitnehmers aus, gibt eine Uebersicht über sein zahlenmäßiges Vorhandensein und beleuchtet seine wirtschaftliche Bedeutung, um damit gleichzeitig einen Beitrag über die Berechtigung der Untersuchung überhaupt zu geben. Erst dann kommt das Recht des „Außenseiters" im einzelnen zur Darstellung. Ein Schußkapitel hat die Aufgabe, aus der gegebenen Darstellung gewissermaßen die Bilanz für eine eventuelle Regelung de lege ferenda zu ziehen.

B. Theoretischer Teil.

I. Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Die Untersuchung von Fragen, die sich aus den rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ergeben, erheischt eine Klärung der Natur dieses Rechtsverhältnisses, um danach bestimmen zu können, welche Grundsätze des bestehenden Rechtes im Einzelfalle anzuwenden sind. Die bisherige Lehre und Rechtsprechung fand

als Entstehungsgrund dieses Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer immer einen Vertrag vor, dessen Bezeichnung „Arbeitsvertrag" sich zwanglos ergab, da ja sein Ziel auf Seiten des Arbeitnehmers Arbeitsleistung war. Auch die heute herrschende Meinung hält an der Annahme eines Arbeitsvertrages fest, wenn auch eine neuere Richtung der Arbeitsrechtswissenschaft darin eine Gesetz und tatsächliche Verhältnisse mißachtende Ueberschätzung bestehender Lehrbegriffe erblickt. Einer Erörterung dieses Streites ist hier nicht zu entraten, da die Feststellung des Rechtes einer bestimmten Kategorie von Arbeitnehmern durch die Auffassung in dem einen oder andern Sinne entscheidend beeinflußt wird. Es handelt sich also zunächst um eine Gegenüberstellung dieser beiden einander entgegengesetzten Meinungen. Die Entscheidung, welche von beiden als richtig anzusehen und demnach der nachfolgenden Erörterung zugrunde zu legen ist, folgt aus einer Klarlegung der großen Leitgedanken. Innerhalb derjenigen, die an dem Arbeitsvertrag als dem Entstehungsgrund des Rechtsverhältnisses festhalten, bestehen wiederum viele, voneinander oft beträchtlich abweichende Meinungen über den Begriff und das Wesen des Arbeitsvertrages. Eine vollständige Aufzählung oder auch nur eine streng systematische Einteilung dieser Theorien in sich würde die Untersuchung an dieser Stelle nur unnötig belasten; denn die Gewinnung eines Begriffes des Arbeitsvertrages ist hier nicht Selbstzweck, sondern soll nur insoweit versucht werden, als es zum Verständnis der verschiedenen Richtungen und zur Auffindung vielleicht zu übernehmender Gesetzesbestimmungen für die Regelung eines Rechtes des „Außenseiters" notwendig ist. Aus diesem Grunde erübrigt es sich auch, die bestehenden Definitionen so kritisch zu würdigen, daß daraus eine neue Formulierung gewonnen werden könnte. Es soll vielmehr die am zutreffendsten erscheinende übernommen werden. Der hier gewählte Weg vom Begriff und Wesen zur Bestimmung des Inhalts ohne eingehende Erörterung der Theorien im einzelnen, wird jedoch den Nachteil mit sich bringen, daß die verschiedenen Lehrmeinungen nicht als einheitliches Ganzes erscheinen. Es wird sich dabei nicht vermeiden lassen, Theorien zunächst als scheinbar ähnlich zu behandeln, deren Abweichungen untereinander beträchtlich sind. Dieser Um-

stand ist aber durch den besonderen Zweck der Untersuchung gerechtfertigt. Durch diese Behandlung dürfte auch am ersten die „geschmeidige Anpassung der juristischen Formen und Begriffe an das Leben“[1] verbürgt werden, ohne den „praktischen Wert der Rechtsbegriffe“ zu überschätzen und die „Relativität ihres Inhalts“ zu übersehen,[1] ohne aber auch „klärende Begriffe und ordnende Systeme“[1] zu vergessen, um die „drängende Fülle von Tatsachen zu meistern“.

Wenn man die sich befehdenden Lehrmeinungen im ganzen überblickt, so nimmt, wie schon oben bemerkt, die Mehrzahl den Arbeitsvertrag als den Begründungsakt der Rechtsbeziehungen an, während eine kleinere Gruppe an die „Tatsache der Beschäftigung“ anknüpft;[2] die erste Kategorie zerfällt bei einer nur auf grundlegende Unterschiede achtenden Betrachtungsweise zwanglos in zwei Richtungen, nämlich die von Lotmar begründete, vor dem Weltkriege führende und die mit der Entwicklung des neuen Arbeitsrechts unter Beschränkung auf dessen Zwecke gebildete und noch jetzt herrschende Meinung. Die Bezeichnung dieser beiden Richtungen folgt herkömmlicherweise aus der Wirkung der aufgestellten Definitionen, so daß von einem Begriff des Arbeitsvertrages im weitesten und im engeren Sinne gesprochen werden kann.[3]

1. Das Arbeitsvertragsverhältnis.

a) Der Arbeitsvertrag im weitesten Sinne.

Lotmar versuchte zuerst in seinem grundlegenden Werk über den Arbeitsvertrag[4] die Grundformen festzustellen, die alle gesetzlichen Tatbestände und sämtliche Einzelfälle von Arbeitsverträgen umfaßten. Er konnte dabei nicht von den bereits gesetzlich geregelten Vertragstypen ausgehen, sondern mußte möglichst aus dem abstrakten Tatbestande des

---

1) Oppermann, im Arbeitsrecht, 1926, Sp. 32, 34, 31.

2) Der Ausdruck „Arbeitsverhältnis“ wird hier wegen der wechselnden Bedeutung des Begriffes in der Literatur (vgl. dazu Hueck in Hueck-Nipperdey, Lehr. I, § 22, S. 97 ff.) vermieden. Es werden im folgenden die Ausdrücke „Arbeitsvertragsverhältnis“ und „Beschäftigungsverhältnis“ einander gegenübergestellt; letzteres im Sinne Potthoffs (im Arb.R. 1922, S. 369 ff.), wie es auch Hueck (aaO. S. 98, Anm. 3) versteht, im Gegensatz zu Richter (Grundverhältnisse, S. 33), der offenbar Arbeitsvertrag und Beschäftigungsverhältnis einander gleichsetzen will. Ebenso Schwenk, (Breslauer Diss. 1929, S. 28 ff S. 31). Vgl. auch Rosenstock, Industrierecht, S. 144.

3) Aehnl. Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, § 3, S. 8 u. a. m.

4) Lotmar, Der Arbeitsvertrag, 2 Bände, 1902 und 1908; im Sinne Lotmars auch Baum, Das Recht des Arbeitsvertrages, S. 4 ff.

Arbeitsvertrages die Elemente für eine umfassende Definition ableiten. Lotmar fand, daß die wesentlichen Bestandteile eines Arbeitsvertrages Arbeit und Entgelt seien, und definierte den Arbeitsvertrag als „den gegenseitigen obligatorischen Vertrag, in welchem die Vertragschließenden die Leistung von Arbeit durch den einen und die Leistung von Entgelt durch den andern vereinbaren."[5] Er glaubte jedoch feststellen zu müssen, daß für seine Zwecke weder Arbeit noch Entgelt für sich allein ein sicheres Einteilungsprinzip abgeben könne. Die Art der Arbeit sei deshalb nicht als Unterscheidungsmerkmal zu verwenden, weil weder bei dem Dienst- noch bei dem Werkvertrag den beiden hauptsächlichsten Gesetzestypen eine bestimmte Art der Arbeit festgestellt werden könne, und dann sei auch eine Einteilung des Arbeitsvertrages nach diesem Gesichtspunkte kaum durchführbar.[6] Ebenso sei das Entgelt als alleiniges Einteilungsprinzip nicht zu verwerten, weil bei Arbeitsverträgen jede Art der Vergütung (Geld und Naturalvergütung usw.) ohne weiteres möglich sei.[7] Lotmar nahm nun die Beziehung zwischen Arbeit und Entgelt als Einteilungsprinzip und gelangte so zu den für ihn maßgeblichen Grundformen des Arbeitsvertrages, dem Akkord- und dem Zeitlohnvertrag;[8] und zwar liegt Akkord vor, wenn die vertraglich festgelegte Vergütung die Gegenleistung für die Arbeit und den dadurch hervorgerufenen Erfolg darstellt. Ist die Vergütung jedoch eine Entlohnung der innerhalb einer gewissen Zeit geleisteten Arbeit ohne Berücksichtigung des Arbeitserfolges, so ist ein Zeitlohnvertrag gegeben.

Wenn auch nicht verkannt werden soll, daß die Unterscheidung des Arbeitsvertrages nach der Lohnberechnung rechtlich und auch wirtschaftlich Bedeutung hat, so hat doch die weitere Entwicklung gezeigt, daß dieses Einteilungsprinzip — abgesehen von sonstigen Mängeln[9] — auf einer Ueberschätzung der Bedeutung der Lohnformen für diesen Zweck

5) Lotmar, a.a.O. I, 32.
6) Lotmar, a.a.O. I, 324 ff., 329 ff.
7) Lotmar, aaO. I, S. 324.
8) Lotmar, aaO. I, 330.
9) Eine Untersuchung der Mängel im einzelnen würde im Rahmen des hier in Rede stehenden Problems zu weit führen, zumal die Unverwendbarkeit des Begriffes aus dem folgenden hervorgeht. Es kann daher auf eine weitergehende Kritik Lotmars verzichtet werden. Es wird außer den unten zu erwähnenden Darstellungen des modernen Arbeitsvertrages besonders auf Nikisch (Grundformen, S. 7 u. f.) sowie insbesondere auf Oertmann (Arbeitsvertragsrecht, S. 19) verwiesen.

beruht. Lotmars Werk hat den Beweis erbracht, daß gerade die Zusammenfassung unendlich vieler uneinheitlicher Vertragstypen[10] unter einem einheitlichen Begriff für das eigentliche Ziel der ganzen Untersuchung nicht immer ein Vorteil sein muß, sondern daß gerade durch die Vielgestaltigkeit der zusammengezwängten Typen Verwirrung geschaffen wird.[11]

b) Der Arbeitsvertrag im engeren Sinne.

Eine derartig weite Definition wie die Lotmars war natürlich für die Zwecke des modernen Arbeitsrechts nicht zu gebrauchen; andererseits mußte der zweifellos richtige Gedanke beibehalten werden, einen Begriff des Arbeitsvertrages, der zugleich Aufschluß über das Wesen, d. h. die allgemeine Rechtsform des Arbeitsvertrages gibt,[12] zu finden. Die Versuche, zu einer Einschränkung zu gelangen, wiesen natürlich zunächst auf den Gesamtbegriff des Arbeitsrechts hin und führten dann weiter zu einer Einschränkung aus der Stellung des Arbeitsvertrages innerhalb des Arbeitsrechtes.[13] Der Streit, der um den Gesamtbegriff des Arbeitsrechtes entbrannt war, dürfte soweit entschieden sein, daß man nunmehr von einer herrschenden Lehre sprechen kann.[14] Wenn auch die Merkmale des Begriffes und ihre Ableitung im einzelnen keineswegs feststehen,[15] so kommt es hier darauf im einzelnen nicht an. Es genügt die Feststellung, daß auch das moderne Arbeitsrecht grundsätzlich einen Begriff des Arbeitsvertrages gefunden hat, und wie es ihn definiert. Aus dem Gesamtbegriffe des Arbeitsrechtes folgt, daß Gegenstand des Arbeitsrechts die Leistung unselbständiger Arbeit und das Arbeitsrecht selbst ein Sonderrecht bestimmter Be-

10) Nach Lotmar fallen neben den eigentlichen Verträgen der Arbeitnehmer auch Werk- und Werklieferungsverträge, Mäkler-, entgeltliche Verwahrungsverträge, Einbringung von Sachen bei Gastwirten, Kommissions-, Speditions-, Lagerei-, Fracht-, Eisenbahntransportverträge unter den Begriff des Arbeitsvertrages.

11) Vgl. dazu Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, § 3, 2 S. 9 ff.

12) Kaskel, ArbR. § 16, II, S. 83.

13) Kaskel, aaO. § 16 A u. B, S. 82, 83.

14) Vgl. dazu Hueck, aaO. I, § 1, I, S. 1 ff. und Kaskel, ArbR. § 1, III, S. 2, sowie die folgende Anm.

15) Hueck (Handb. I, S. 20), Kaskel (§ 16 A, S. 82); Oertmann (Arbeitsvertragsrecht, S. 13); Sinzheimer (Grundzüge, S. 3 ff.); Melsbach (S. 13, insbes. S. 19); Erdel, I, S. 3; Nipperdey, Beiträge, S. 116; Kallee-Gros (Taschenbuch, S. 21 entgegen den bisherigen Auflagen); Kreller (ArchZivPrax. Bd. 122, S. 3 ff.); Dersch (BRG. § 10 Anm. 3, S. 46); a. M. Silberschmidt (ArbR. I, S. 12; im ArbR. 1923, S. 410; LZ. 1927, Sp. 286 ff.); Richter (ArbR. als Rechtsbegriff, S. 17 und S. 23). Bemerkenswert ist hier die Ableitung des Begriffes der Arbeit aus der Physik. So förderlich an sich eine genauere begriffliche Entwicklung ist, so wird Richters Ableitung dem Wesen der geistigen Arbeit nicht gerecht und außerdem ist damit für den Gesamtbegriff des Arbeitsrechtes nicht viel gewonnen, da Richter durch die

rufsstände ist; gemäß seiner Stellung innerhalb des Arbeitsrechts regelt der Arbeitsvertrag die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern als Einzelpersonen.[16] Die Definition des Arbeitsvertrages, die sich danach ergeben würde, wäre nach Hueck[17]: „Arbeitsvertrag ist der privatrechtliche Vertrag, durch den sich jemand zur Arbeitsleistung im Dienst eines anderen verpflichtet". Die Kaskelsche Definition[18]: „Ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag der Mitglieder der dem Arbeitsrecht unterstellten Berufsstände mit einem Arbeitgeber über die Leistung unselbständiger Arbeit gegen Entgelt" betont ausdrücklich die Entgeltlichkeit, die Hueck nach § 612 Abs. I BGB. durch das Begriffsmerkmal der Gegenseitigkeit ausgedrückt hat, wird aber durch die Umschreibung des Begriffes der Arbeitnehmer schwerfällig und gibt zu Mißverständnissen Anlaß, indem man als „Mitglieder der dem Arbeitsrecht unterstellten Berufsstände" nur die in Organisationen zusammengefaßten Arbeitnehmer verstehen könnte. Eine gewisse Sonderstellung — aus dem oben genannten Grunde jedoch ebenfalls ohne besondere Bedeutung — nehmen Molitor und Nikisch ein, indem sie sich der Untersuchungsmethode Lotmars nähern und auch bestrebt sind, von dem abstrakten Tatbestande des Arbeitsvertrages aus zu einer Erkenntnis der für das heutige Arbeitsrecht gültigen Rechtsregeln zu gelangen. Molitor[19] geht von dem auf Arbeit gerichteten Vertrage aus und vergleicht dann die sich aus dessen Wesen ergebenden beiden Formen, den „Tätigkeits-" und den „Erfolgsvertrag", um dann festzustellen, inwieweit die positiven Bestimmungen des BGB. über den Dienst- und Werkvertrag mit dem Ergebnis der Untersuchung übereinstimmen. Nikisch[20] unterscheidet zwischen dem zeitbestimmten Arbeitsvertrag, dem Dienstvertrag, und dem erfolgbestimmten,

notwendigen Einschränkungen zu dem Arbeitsbegriff im verkehrsüblichen Sinne gelangt. Vgl. dazu auch Grundverhältnisse, S. 2 ff. und die ausführliche Besprechung Nipperdeys in NZ. f. AR. 1923, Sp. 451. Vgl. demgegenüber die soziologische Auffassung Rosenstocks, der die „Zeithergabe" in den Vordergrund stellt. (Rosenstock, Werkstattaussiedlung, S. 87 ff, 91, 154 ff,, Lebensarbeit in der Industrie, insbesondere S. 61 ff.)

16) Kaskel aaO. § 16, B, S. 83.

17) Hueck, aaO. § 20, I, S. 87.

18) Kaskel, aaO.

19) Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages; Oppermann, im Arbeitsrecht 1926, Sp. 34 ff.

20) Nikisch, Grundformen des Arbeitsvertrages. Vgl. auch Jahrb. d. ArbR. Bd. 7, S. 50; Nipperdey, NZ. f. AR. 1926, Sp. 729 ff.; Molitor, JW. 1927, S. 229 ff; Potthoff im ArbR. 1927, S. 179 ff.; Silberschmidt, LZ. 1927, S. 286 ff.

dem Werkvertrag. Durch den Anstellungsvertrag, eine Unterart des Dienstvertrages, verpflichtet man sich nach Nikisch auf Zeit zu einer nur der Art nach bestimmten Arbeit.

2. Das Beschäftigungsverhältnis.

Im Gegensatz zu der Lotmarschen Auffassung und der herrschenden Lehre, die grundsätzlich am Arbeitsvertrag festhalten, ist Potthoff[21] dazu gelangt, die Notwendigkeit eines Arbeitsvertrages überhaupt zu leugnen. Das latente Verhalten des Gesetzgebers zum Arbeitsvertragsrecht in einer Zeit, die gerade dem Arbeitsrecht eine sich überstürzende Fülle von Neuerungen gebracht habe und die Beobachtung moderner Arbeitsmethoden beweise, daß der Arbeitsvertrag an praktischer und rechtlicher Bedeutung stark zurücktrete. Die Tatsache, daß sich die gesetzlichen Bestimmungen über den Arbeitsvertrag weder positiv noch negativ wesentlich verändert hätten, sei kein Zufall, sondern deute ebenso wie die Organisation der Fabrikationsmethoden darauf hin, daß der Arbeitsvertrag nicht mehr die Rechtsgrundlage für wenigstens drei Viertel der Arbeitnehmer sein könne. Der moderne Fabrikbetrieb sei nicht mehr ein bloßes Nebeneinander von Arbeitsleistungen, sondern sei auf einen einheitlichen Arbeitsrhythmus eingestellt. Die Folge für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen sei eine entsprechende Vereinheitlichung, die in einer Vereinbarung nur dann erreicht werden könne, wenn die Belegschaft kollektiv aufträte. Die Folgerungen daraus seien in der Gesetzgebung gezogen insofern, als das Betriebsrätegesetz die Belegschaft als Kollektivkörper anerkannt habe, die TVVO. infolge der Unabdingbarkeit dem Tarifvertrage Vorrang vor jeder vertraglichen Regelung sichere, einer Vereinbarung überhaupt kein

21) Vgl. dazu Potthoff, Zur jüngsten Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts (DJZ. 1927, Sp. 1656 ff.) und Die Rechtsform des Arbeitsverhältnisses (JW. 1927, S. 225), sowie auch die früheren Veröffentlichungen im Arbeitsrecht 1922 (Sp. 28 ff.; Sp. 267 ff.; Sp. 369 ff.; Sp. 427 ff. und Sp. 731 ff), Reichsarbeitsblatt 1922, NAT. S. 506; RArbBl. 1925, NAT. S. 758 ff.; DRZtg. 1926, S. 47; NZ. f. AR. 1928, Sp. 549. — Es kann hier aus der grundsätzlichen Einstellung zu diesem Problem nicht in eine Erörterung der Theorie Potthoffs und ihrer Entwicklung eingetreten werden. Berücksichtigt sind in der Hauptsache die beiden letzten Aufsätze in derJW. und der DJZ. — Zu den vorigen, oben zitierten Veröffentlichungen, vgl. auch vor allem die kritische Erörterung Silberschmidts (in JW. 1923, S. 221 ff.); ferner Silberschmidt ArbR. (S. 52 ff., S. 54); Jadesohn, Das gesamte ArbR. I, S. 94, allerdings unter Verkennung des Wesens des Tarifrechtes; etwas eingeschränkt in II, 25; vgl. in diesem Zusammenhang auch noch Vollbrecht, RArbBl. 1921. NAT. S. 1239 ff.

Raum mehr bleibe. Die Ausführung[22] Potthoffs zum Beweise der Richtigkeit seiner Ansicht im einzelnen weiter zu verfolgen, erübrigt sich; es genügt, auf die Folgerungen hinzuweisen, die er aus diesen Tatsachen zieht. Am wesentlichsten ist die Feststellung, daß der Begriff des Arbeitsverhältnisses sich verschiebe, indem dieses nicht mehr auf dem Rechtsgeschäft des Arbeitsvertrages, sondern auf der Tatsache der Beschäftigung eines Arbeitnehmers basiere, sodaß der Arbeitsvertrag nicht mehr die notwendige, sondern nur noch die regelmäßige Entstehungsursache des Arbeitsverhältnisses sei. Bestätigt findet Potthoff diese seine Ansicht in dem Schlußsatz der von ihm verfaßten, jedoch vom Plenum des Arbeitsrechtsausschusses nicht gebilligten Denkschrift zum Entwurfe eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes: „Genau genommen regelt der Entwurf nicht nur den Arbeitsvertrag, sondern allgemeiner die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die aus einem Arbeitsverhältnis entstehen.[23]

Wenn Potthoff aus dem Verhalten des Gesetzgebers Schlüsse für eine Ueberwindung des Arbeitsvertrages ziehen will, so ist demgegenüber grundsätzlich zwar nichts einzuwenden, geht aber im vorliegenden Fall doch etwas zu weit oder ist wenigstens als verfrüht zu betrachten. Man vergegenwärtige sich einmal, vor welche Aufgaben der Gesetzgeber durch die Veränderung der Sachlage nach der Revolution gestellt war. Das Recht des Arbeitsvertrages war — wenn man auch nur kurz und dem besonderen Zwecke modernen Arbeitsrechts nicht angepaßt — so doch immerhin durch die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen soweit geklärt, daß die Rechte der Vertragsparteien genügend abgegrenzt erschienen, zumal durch die Ausgestaltung des Tarifrechts eine weitergehende Fürsorge für die Arbeitnehmer gewährleistet war. Die Ausgestaltung der anderen großen Gebiete des Arbeitsrechts, die so gut wie neu geschaffen werden mußten, wie etwa der Arbeitsschutz und das Recht der Gesamtvereinbarung, erschien daher dringlicher. Die notwendigsten Aenderungen sind vorgenommen worden — es sei erinnert an den Erlaß der vorläufigen Landarbeitsord-

22) Besonders ausführlich in JW. 1927, S. 226, wo aus der Sozialversicherung, den Arbeitsschutzgesetzen u. a. nachgewiesen werden soll, daß auch die Gesetze nur von der Beschäftigung, nicht aber von dem Vertrage sprechen.

23) Wörtlich bei Potthoff, DJZ. 1927, Sp. 1658, zu III und JW. 1927, III, S. 227.

nung vom 24. Januar 1919 und an die Beschränkungen des bisherigen freien Kündigungsrechts der Arbeitgeber im BRG., im SchwerbeschG., im Ges. über die Fristen für die Kündigung von Angestellten und im Ges. über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft. Wenn auch das Reichsarbeitsministerium mit der Ueberprüfung des Entwurfs von 1923 an Hand der wissenschaftlichen Kritik und den Ergebnissen der neueren Rechtsprechung beschäftigt ist, so kann doch der Entwurf seine endgültige Gestaltung erst nach der annähernden Fertigstellung des in der Praxis als notwendiger empfundenen Arbeitsschutz- und des Gesamtvertragsgesetzes erhalten.[24] Allein diese Feststellung aus der „Erinnerungsschrift des Reichsarbeitsministeriums" beweist, daß Schlüsse aus dem Stillschweigen der Gesetzgebung nach der einen oder anderen Seite als übereilt gelten müssen. Ebensowenig kann man aus den modernen Fabrikationsmethoden auf eine tatsächliche Ueberwindung des Arbeitsvertrages schließen. Wenn Potthoff sagt, daß „der Betrieb kein bloßes Nebeneinander von Arbeitslieferungen, sondern ein Miteinander von Menschen ist, die nach einem einheitlichen Rhythmus arbeiten" und daraus folgert, daß „alle auf den Betrieb und die Tätigkeit in den bezüglichen Arbeitsbedingungen" einheitlich sein müssen,[25] so ist das nur vom technisch-organisatorischen, nicht aber vom rechtlichen Standpunkt aus erheblich. Selbstverständlich ist und war es auch schon vor der rationellen Arbeitsorganisation der Neuzeit, daß jeder Betrieb, und sei er noch so primitiv, eine Arbeitsgemeinschaft bildet, die auf die Zusammenarbeit aller zu einem Ziel angewiesen ist. Warum soll nun aber daraus gefolgert werden, daß die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses für alle gleich sein müssen? An dem in einer Fabrik herzustellenden Arbeitserfolge sind doch alle in dieser Fabrik Tätigen, vom leitenden Direktor bis zum Lehrjungen, sei er auch nur mit einfachsten Handreichungen oder Botengängen beschäftigt, beteiligt. Der ein-

24) D. SozPolitik, 1918/1928, S. 44 oben.

25) Erwähnt sei hier nur das Problem des Gruppenarbeitsvertrages, an das hier vielleicht gedacht werden könnte. Es hat mit den Potthoff'schen Gedankengängen nichts gemein; Büsing, der den Gruppenarbeitsvertrag neuerdings dargestellt hat (wegen weiterer Literatur, vgl. diesen § 8, 2 S. 48) hält, wie die h. L. an dem Arbeitsvertrag fest und definiert den Gruppenarbeitsvertrag als den Vertrag, „durch den sich mehrere Arbeitnehmer als Eigengruppe (d. i. im Gegensatz zur Betriebsgruppe der selbständige Zusammenschluß mehrerer Arbeitnehmer zur Leistung einer Arbeit durch gegenseitigen Vertrag (§§ 5 und 8, S. 25, 26) verpflichten, für einen andern, den Arbeitgeber, eine gemeinsame Arbeit gegen Entgelt zu leisten." (§ 9, S. 49.)

heitliche „Arbeitsrhythmus" ergreift nicht nur die „Arbeiter", sondern auch sehr wesentlich die kaufmännischen Angestellten, sowie die leitenden technischen und kaufmännischen Personen. Daß tatsächlich praktisch eine gewisse Gleichartigkeit in den Arbeitsbedingungen verschiedener Arbeitnehmer gleicher Vorbildung, gleichen Alters, gleicher Beschäftigung erreicht wird, kann nicht dazu verführen, das als notwendige Voraussetzung zu betrachten. Wenn es grundsätzlich auch nicht wünschenswert ist, die Arbeitsbedingungen gleichstehender Arbeitnehmer in einem Betriebe verschieden zu gestalten, so ist es doch häufig der Fall, daß, namentlich bei der Entlohnung, Differenzierungen eintreten, die auch bei einem Tarifvertrag unter Beteiligten gültig sind, soweit sie nämlich eine Besserstellung des Arbeitnehmers bedeuten. Die Folgerungen aus der Organisation eines Betriebes für die Notwendigkeit einer gleichmäßigen rechtlichen Gestaltung schlagen also nicht durch.

Es ist auch nicht einzusehen, inwiefern das Arbeitsverhältnis „nicht mehr an das Rechtsgeschäft des Arbeitsvertrages, sondern an die Tatsache der Beschäftigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber anknüpft".[26] Der Arbeitsvertrag des geltenden Rechts ist in jeder Beziehung formfrei, abgesehen von den Sonderfällen der vorläufigen Landarbeitsordnung und der Beschränkung für Minderjährige gemäß § 107 GewO.; mit der Annahme einer Arbeitsstelle durch einen Arbeitnehmer ist der Arbeitsvertrag abgeschlossen. Ehe also die „Tatsache der Beschäftigung" eintreten und Wirkungen auslösen kann, ist zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Rechtsverhältnis entstanden, das beiden Parteien auch ohne Rücksicht auf die tatsächliche Beschäftigung ihre Rechte sichert. Daran ändert auch ein bestehender Tarifvertrag nichts. Denn dieser steht insoweit gesetzlichen Bestimmungen gleich. Gewiß bestreitet Potthoff nicht, daß der Arbeitsvertrag noch die regelmäßige, nicht aber die notwendige Entstehungsursache für das Arbeitsverhältnis ist. Die Frage nach der Notwendigkeit eines Arbeitsvertrages muß jedoch bejahend beantwortet werden. Der Anspruch auf die beiderseitigen Leistungen muß doch irgendwie begründet werden; allein der Arbeitsvertrag ermöglicht die vorherige Festlegung der gegenseitigen Rechte und Pflichten und ver-

26) Potthoff, aaO., Sp. 1658 zu III.

weist den Lohnanspruch des Arbeitnehmers nicht — wie das Beschäftigungsverhältnis — auf die Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung. Zu Unrecht beruft sich Potthoff darauf,[27] daß sich Sozialversicherung, Arbeitsschutzrecht, Betriebsverfassung, Tarifrecht, Schlichtungswesen und die Arbeitsgerichtsbarkeit nicht um den gültigen Abschluß eines Arbeitsvertrages, sondern lediglich um die „Beschäftigung" kümmern, aus der sich Rechte und Pflichten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die Zuständigkeit der Behörde etc. ergäbe, denn diese Gebiete haben ja auch nichts mit der Art der Begründung des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu tun, sondern sind auf die Tatsache der Beschäftigung (im wörtlichen Sinne) angewiesen, um über den Eintritt von Rechtsfolgen aus einem bestimmten Tatbestand zu entscheiden.

3. Das Wesen des Arbeitsvertrages im engeren Sinne.

Der Streit, wie das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aufzufassen ist, muß demnach zugunsten der herrschenden Lehre entschieden werden. Auch der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes hält grundsätzlich an der Annahme eines Arbeitsvertrages fest (§ 1), wobei allerdings nicht ausdrücklich gesagt wird, daß der Arbeitsvertrag der notwendige Begründungsakt des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sein muß.

Es kommt nun darauf an, die einzelnen Merkmale der oben zitierten Definition des Arbeitsvertrages so auszuwerten, daß daraus Anhaltspunkte für die rechtliche Behandlung der Einzelarbeitsverträge in der Praxis gewonnen werden können. Auch hier wird es genügen, die Erörterung der Streitfragen auf das Notwendigste zu beschränken, da, wie bereits oben betont, die Darstellung des Arbeitsvertrages nur soweit verfolgt werden soll, als sie für die Beurteilung der „Außenseiter" notwendig erscheint.

a) Privatrechtlicher Vertrag.

Als Einschränkung des Begriffes des Arbeitsvertrages im weitesten Sinne war oben[28] die Stellung des Arbeitsvertrages

27) Potthoff, aaO., S. 1658 zu II, 4.
28) S. 7/8.

innerhalb des Systems des Arbeitsrechts verwendet worden. Indem nämlich festgestellt wurde, daß der Arbeitsvertrag die Rechte und Pflichten der Parteien als gleichberechtigter Personen regelte, ist seine Zugehörigkeit zum Privatrecht[29] ausgesprochen. Es scheiden demnach die öffentlichrechtlichen Verhältnisse der Beamten[30] aus. Daß der Arbeitsvertrag der freien Vereinbarung zum Teil durch zwingende gesetzliche Bestimmungen, insbesondere solche über Arbeiterschutz oder durch Gesamtvereinbarungen entzogen ist, schließt nicht aus, ihn als privatrechtlichen Vertrag zu bezeichnen.

b) Schuldrechtlicher Vertrag.

Innerhalb des Privatrechts gehört der Arbeitsvertrag dem Schuldrecht an[31], ohne jedoch auf das „Recht der Schuldverhältnisse" des BGB. beschränkt zu sein. Als schuldrechtlicher Vertrag ist er deshalb anzusehen, weil ihn die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und der Anspruch des Arbeitgebers auf diese Arbeitsleistung nach § 241 BGB. als ein Schuldverhältnis charakterisieren. Da nun die Leistung in den weitaus häufigsten Fällen gegen Lohn oder sonstiges Entgelt versprochen wird und die beiden Leistungen in einem Abhängigkeitsverhältnis voneinander stehen, ist auch das Merkmal der Gegenseitigkeit gegeben.[32]

Die Zugehörigkeit des Arbeitsvertrages zum Schuldrecht ist nicht unbestritten. Es wird zwar der schuldrechtliche Charakter des „Arbeitsverhältnisses" nicht völlig geleugnet, aber doch betont, daß es sich in erster Linie um ein personenrechtliches Verhältnis[33] handele. Der heutige Arbeitsvertrag

---

29) Hueck, aaO., § 20, II, S. 87; Kaskel, § 16 B, S. 83.

30) für deren Einbeziehung Potthoff in den in Anm. 21 zitierten Aufsätzen eintritt.

31) Hueck, aaO., III, S. 87; Kaskel, aaO.

32) Hueck, aaO., S. 89; Kaskel, aaO., Anm. 33.

33) So Sinzheimer, Grundzüge, S. 18 ff.; Herz, Iher. J. Bd. 74, S. 24 ff., wohl auch Nußbaum, Wirtschaftsrecht, S. 91; Lehmann, Grundgedanken, S. 6 ff. steht der Betonung eines personenrechtlichen Charakters anscheinend nahe.

Zu Unrecht wird von Hueck sowie den unten genannten Schriftstellern an dieser Stelle auch Potthoff mit den oben genannten Schriften zitiert. Gewiß bestreitet Potthoff den überwiegend schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses. Er bestreitet das aber doch nur, um damit (neben anderen Gründen) gegen die Theorie: Arbeitsverhältnis = Arbeitsvertragsverhältnis, anzukämpfen. Die Anführung Potthoffs mag verständlich erscheinen, weil erst in den beiden letzten Darstellungen (in der JW. und der DJZ.) der Arbeitsvertrag ganz kraß abgelehnt worden ist. Nunmehr kann jedoch Potthoff, wo es sich um die Darstellung des Wesens des Arbeitsvertrages handelt, nicht mehr als Gegner des schuldrechtlichen Charakters genannt werden.

Für den überwiegend schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages sprechen sich ferner aus, ohne jedoch das Vorhandensein personenrechtlicher Elemente

führt zwar nach der einen Seite auf den schuldrechtlichen Treudienstvertrag, ein rein personenrechtliches Verhältnis, zurück, und es sind auch jetzt noch Anklänge an diese Entwicklung vorhanden. Doch kann das alles nicht darüber hinwegtäuschen, daß das Ausschlaggebende die Verpflichtung zur Arbeitsleistung ist. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers bedeutet noch kein unmittelbares Verfügungsrecht über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers.

Das Merkmal der Gegenseitigkeit weist auf die Verwandtschaft des Arbeitsvertrages mit anderen im BGB. geregelten Schuldverhältnissen hin; die Bedeutung dieses Hinweises liegt jedoch nur darin, die Eigenart des Arbeitsvertrages stärker zu betonen. Wichtig ist die Feststellung, daß der Arbeitsvertrag im Gegensatz zu Kauf und Miete nicht auch, wie diese, eine Sachleistung, sondern eben eine Arbeitsleistung in Abhängigkeit vom Arbeitgeber zum Gegenstand hat und demgemäß der schuldrechtliche Gedanke stärker zum Ausdruck kommt. Ein Vergleich mit dem Gesellschaftsvertrage, auf dessen Aehnlichkeit mit dem Arbeitsvertrag Silberschmidt mehrfach hingewiesen hat,[34] zeigt die Grenze zwischen diesem und dem Arbeitsvertrag, da sich Gleichordnung der Gesellschafter und Abhängigkeit der Arbeitnehmer von den Arbeitgebern gegenüberstehen.

c) Dienst- oder Werkvertrag.

Wichtiger als diese Vergleiche, die kaum die Möglichkeit bieten, die eine oder andere Bestimmung aus den verwandten Gebieten analog anzuwenden, ist die Frage, welche der beiden von dem Gesetz scheinbar zur Verfügung gestellten Rechtsformen zur Regelung des Arbeitsvertrages in Frage kommt. Wie erwähnt, kennt das Gesetz den Arbeitsvertrag als solchen nicht. Andererseits spielen die Bestimmungen des BGB. — vorläufig jedenfalls noch — eine entscheidende Rolle, indem sie entweder allein, oder doch wenigstens ergänzend für die Regelung arbeitsrechtlicher Tatbestände in Frage kommen. Der Streit, wie Dienst- und Werkvertrag voneinander

zu übersehen: Oertmann, aaO., § 5, 2 S. 21; Nikisch, aaO., S. 188 ff.; Molitor, aaO. S. 12 ff. Bei Silberschmidt in JW. 1923, S. 221 ff., im Arbeitsrecht 1923, Sp. 409, insbesondere 413 ff., geht die Betonung der personenrechtlichen Elemente trotz der Betonung des schuldrechtlichen Charakters bis zur Annahme eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses.

34) Silberschmidt, ZHR. Bd. 79, S. 465 ff.; Bayr. Rechtspfl. Zt. Bd. 12, S. 369; vgl. im übrigen Hueck, aaO, VI, S. 89/90.

zu scheiden seien, ist alt,[35] hat aber trotz erneuter Versuche bisher zu keiner Lösung geführt, die eine immer eindeutige Entscheidung ermöglichte.[36] Am treffendsten und dem Gesetz am meisten gerecht werdend dürfte noch immer Gierkes[37] beinahe schlagwortartige Unterscheidung sein: Beim Dienstvertrag wird das „Wirken", beim Werkvertrag das „Werk" geschuldet. Eine Definition des Arbeitsvertrages, die von dem Gedanken der Arbeitsleistung des abhängigen Arbeitnehmers ausgeht, kann sich mit einer Unterscheidung wie der Gierke's begnügen, da von einem Arbeitnehmer wegen seiner Abhängigkeit vom Arbeitgeber, seiner Gehorsamspflicht diesem gegenüber nur ein „Wirken" geschuldet werden kann.[38] [39]

Die Bedeutung der Abhängigkeit des Arbeitnehmers zeigt sich auch noch darin, daß sie gleichzeitig eine gewisse Dauer des Arbeitsvertrages voraussetzt (Dauerschuldverhältnis[40]) und den Arbeitsvertrag von den daneben bestehenden Dienstverträgen des BGB. abgrenzt.[41]

4. Die Arten des Arbeitsvertrages.

Entsprechend der beruflichen Gliederung der Arbeitsverträge hat das bisherige Recht, dem im Gegensatz zu dem Arbeitsvertragsgesetzentwurf allgemeine Bestimmungen über den Arbeitsvertrag unbekannt waren, für die einzelnen Berufe neben den Vorschriften des BGB., die in gewisser Beziehung allgemeine Sätze enthalten, Sondervorschriften für die einzelnen Berufe erlassen. Auf eine Darstellung der Grund-

35) Vgl. Rümelin, Dienst- und Werkvertrag; Hachenburg, Riezler, Werkvertrag, § 9, S. 41; Lotmar, I, S. 328 ff., 341 ff.; II, 820 ff.

36) Vgl. vor allem Molitor, aaO., mit der Unterscheidung von Tätigkeits- und Erfolgsvertrag; Nikisch, aaO., der zeit- und erfolgbestimmte Arbeit gegenüberstellt, sowie Hueck, aaO., Anm. 16, S. 91/92; Kaskel, aaO., C II, S. 83, inbes. Anm. 2.

37) Gierke, DPrivR. Bd. III, S. 592, so auch die h. L.; vgl. Staudinger-Nipperdey, Vorbem. vor § 611 BGB. I, 1 c S. 684; Planck, ebenda. VIII, 2 S. 954; Enneccerus, I, 2, § 365, I, 1 S. 421; Titze, Schuldrecht, S. 102 u. 104, Hueck, aaO., VII, S. 91 ff., insbes. S. 93; Kaskel, aaO., S. 83 f. u. a. m. Ebenso die Rechtsprechung des Reichsgerichts: Neben RGZ. 72, 179; 81, 9; 86, 75; 91, 328; RG. v. 21. 12. 26, im Recht 1927, Nr. 334, S. 97; v. 26. 4. 27, in JW. 1927; Nr. 1286, Sp. 775 = NZ. f. AR. 1927 Sp. 309; OLG. Hamburg v. 23. 1. 1918 in LZ. 1918, Sp. 949.

38) Hueck, aaO., S. 92, 93; ebenso Kaskel, S. 84; Oertmann, S. 10 ff., insbes. S. 13; Nikisch, aaO., S. 115; 194; a. A. Melsbach, DArbR. S. 57; Kreller, ArchZivPr. Bd. 122, S. 31 ff.

39) Daß bei Hausgewerbetreibenden, die ja nicht im persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, eine Verpflichtung in Form von Werkverträgen vorkommen kann, sei nur erwähnt. Für die gegenwärtige Untersuchung spielt diese Möglichkeit eine nur beschränkte Rolle.

40) Vgl. dazu Hueck, aaO., IV, S. 88 unten, S. 89; auch Silberschmidt, Bayr. Rechtspfl. Ztg. Bd. 12, insbes. S. 372.

41) Vgl. hierüber Staudinger-Nipperdey, Vorbem. vor § 611, II, S. 687 ff.

sätze, die den verschiedenen Arten gemeinsam sind, wie auch der Sonderbestimmungen im einzelnen muß hier verzichtet werden; es würde nur zu einer Wiederholung des in Lehrbüchern und Kommentaren Gesagten führen, ohne es dabei diesen an Ausführlichkeit gleichtun zu können. Die Verweisung auf das Schrifttum im einzelnen nach Namen und Titel kann ebenfalls unterbleiben, da dieses unschwer festzustellen ist. Die verschiedenen Arten des Arbeitsvertrages werden nach Hueck[42] wie folgt eingeteilt:

1. der gewerbliche Arbeitsvertrag,
2. der kaufmännische Arbeitsvertrag,
3. der Arbeitsvertrag der Schiffsmannschaft,
4. der bergrechtliche Arbeitsvertrag,
5. der land- und forstwirtschaftliche Arbeitsvertrag,
6. der Arbeitsvertrag des Hausangestellten,
7. der rein bürgerlichrechtliche Arbeitsvertrag.

Die Reihenfolge der Faktoren, die die Arbeitsbedingungen (im allgemeinsten Sinne) regeln, ist durch deren Wirkung für die Gestaltung des Arbeitsvertragsverhältnisses gegeben. Dabei kann das jeweils stärkere Element durch eigene Bestimmung einem an sich schwächeren den Vorrang überlassen, sodaß die Rangordnung kein starres Schema ist, sondern nur für den Regelfall Geltung hat. Nach Hueck[43] ergibt sich folgende Reihenfolge:

1. zwingende Gesetzesbestimmungen;
2. Tarifbestimmungen, soweit Unabdingbarkeit reicht;
3. Bestimmung der obligatorischen Arbeitsordnung über Entlassungs- und Austrittsgründe, sowie über Fabrikstrafen;
4. Vereinbarungen im Einzelarbeitsvertrag;
5. Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung außer den zu 3) genannten;
6. Tarifbestimmungen außerhalb des Rahmens der Unabdingbarkeit;
7. nachgiebige Gesetzesbestimmungen;
8. im Rahmen des Direktionsrechts vom Arbeitgeber getroffene Bestimmungen.

42) Hueck, aaO., § 21, S. 96.
43) Hueck, aaO., § 24, S. 103, insbes. S. 108 und die dort angegebene Literatur.

II. Das Tarifrecht.

Vergegenwärtigt man sich vor dem Eintritt in die Erörterung der einzelnen Probleme des Tarifrechts noch einmal, was für die vorliegende Untersuchung daraus gewonnen werden soll, so ist, wie bereits in der Einleitung angedeutet wurde[1], die Aufgabe dieses Teils damit gegeben, die Ableitung des Begriffes eines unbeteiligten Arbeitnehmers vorzubereiten und die Wirkungen des Tarifvertrages auf das einzelne Arbeitsvertragsverhältnis klarzulegen. Die Definition des „Unbeteiligten" muß sich in ihren Grundzügen zwanglos aus der Darstellung der Tarifparteien und der Abgrenzung gegenüber den Beteiligten ergeben, der Inhalt des Tarifvertrages (im weitesten Sinne) und seine rechtliche Bedeutung dagegen müssen zu einer Erkenntnis der Wirkung des Tarifvertrages auf das Arbeitsvertragsverhältnis führen, sodaß dann in Verbindung mit den Ergebnissen des ersten Teils die Grundlage für das „Recht des unbeteiligten Arbeitnehmers" gewonnen ist. Die Erkenntnis dieses Zieles wird auch hier wieder eine unterschiedliche Behandlung der einzelnen Teile bedingen, indem nämlich alles das unerörtert bleiben muß, was keinen unmittelbaren Gewinn für das eigentliche Thema verspricht.

1. Definition des Tarifvertrages.

Im Mittelpunkt der Darstellung des heutigen Tarifrechts steht der Tarifvertrag, wie ihn die Verordnung vom 23. 12. 1918 (Neufassung der abgeänderten Verordnung vom 1. 3. 1928) innerhalb der Gesamtarbeitsverträge[2] umrissen hat. Demgemäß definieren die meisten Schriftsteller den Tarifvertrag nach § 1 der genannten Verordnung als „einen schriftlichen Vertrag zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern und einzelnen Arbeitgebern oder Vereinigungen von Arbeitgebern, durch den die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen geregelt werden.[3] [4] Welche Bezeichnung

1) Vgl. oben S. 3.

2) Vgl. dazu Kaskel vor § 5 Anm. 1 S. 13 und Krotoschin, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 31, sowie auch Jacobi als Antipoden der h. L., Grundlehren § 10, S. 146 ff., auch §§ 15 u. 22.

3) Jacobi, aaO., § 11, I, S. 155 mit unbedeutenden Abweichungen, u. a. Kaskel, NAR. § 2 III A, S. 16; Hueck, Recht des Tarifvertrages, § 2 S. 14; Handbuch, III, S 13 f.; Sitzler, TVR. S. 12; Günther, S. 197, Anm. 8; Flatow-Joachim, Schlichtungs-VO. § 3, 2 S. 12; Dersch-Volkmar, AGG. § 2, Anm. 8 a, S. 117; Kallee-Gros. S. 72; Kaskel, AR. § 6, A b. S. 16 ff.

4) Vgl. auch das deutsch-polnische Abkommen über Oberschlesien vom 15. 5. 1922, Teil IV, Tit. I, Kap. 2 Art. 168: „Tarifverträge sind schriftliche, freiwillig

für die durch diese Definition nicht getroffenen Verträge des Kollektivarbeitsrechts anzuwenden ist, und mit welcher Berechtigung von Tarifverträgen im engeren und im weiteren Sinne von echten und unechten Tarifverträgen gesprochen wird,[5] soll hier nicht entschieden werden. Für die weitere Darstellung wird jedenfalls grundsätzlich unter Tarifvertrag immer der Tarifvertrag nach § 1 der TVVO. verstanden, jedoch wird bei der Gegenüberstellung von anderen, nicht der Verordnung von 1918/1928 unterfallenden Verträgen zur zweifelsfreien Kennzeichnung vom „gesetzmäßigen Tarifvertrag" gesprochen werden.[6] Wenn auch die nicht gesetzmäßigen Tarifverträge keineswegs ihre Bedeutung verloren haben und im heutigen Arbeitsrecht eine nicht zu unterschätzende Verbindung mit dem Rechte der Vorkriegszeit bedeuten, so kann hier doch auf eine Erörterung im einzelnen verzichtet werden. Es genügt der Hinweis, daß ihnen die Unabdingbarkeit und die feste Grenze der Beteiligten mangelt.

Für eine Würdigung der TVVO. im ganzen ist zu beachten, daß eine vollständige Regelung tarifrechtlicher Fragen von vornherein nicht beabsichtigt war,[7] und daß man mit einer Festlegung der Unabdingbarkeit und der Möglichkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung um so eher auszukommen glaubte, als man annahm, die umfassende gesetzliche Regelung werde alsbald erfolgen. Das beabsichtigte Arbeitstarifgesetz ist noch nicht ergangen. Die Darstellung des Tarifrechts basiert also nur auf der TVVO. und kann den Entwurf und die verschiedenen Abänderungsvorschläge[8] nur vergleichsweise und für Fragen de lege ferenda verwenden; man muß also namentlich bei der praktischen Anwendung der nach der TVVO. entwickelten Grundsätze berücksichtigen, daß bei der Verordnung vom 23. 12. 1918 nicht die sorg-

oder im Schlichtungsverfahren zustande gekommene Vereinbarungen zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern und einem oder mehreren Arbeitgebern oder Vereinigungen von Arbeitgebern, in denen die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen geregelt sind". Vgl. Ges. v. 11. 6. 1922, RGBl. II, S. 237.

5) Vgl. dazu Oertmann, ArbVR. S. 81. Gegen diesen Jacobi, aaO., § 11, Anm. 2, S. 154 und Anm. 7 a, S. 157.

6) Ebenso Hueck, Recht des Tarifvertrages, § 2, S. 13 und JW. 1921, S. 613. Hier vom „gesetzlichen" Tarifvertrag zu sprechen, dürfte wegen der Gefahr, darunter allgemein verbindliche Tarifverträge zu verstehen, nicht empfehlenswert sein.

7) Sitzler, S. 8 f.; ArbR. und Arb. Schutz, S. 9; Nipperdey, Beiträge, S. 109, Anm. 1 a; Günther, TVVO. 2. Vorbem. S. 194.

8) Im folgenden werden mit Jacobi, Grundlehren, § 11, Anm. 1, S. 154, zitiert: Der (nicht amtliche) Entwurf des Ausschusses für ein einheitliches Arbeitsrecht veröffentlicht im RABl. 1921 A.T., S. 491 ff. und als Gegenüberstellung bei Nipperdey, Beiträge S. 186 ff., als „Entwurf", Nipperdeys Abänderungsvorschläge in seinen Beiträgen als „Entwurf Nipperdey".

fältige Durcharbeitung zu erwarten ist, die sonst deutsche Gesetze auszeichnet.[9]

Die wirtschaftliche und soziale Bedeutung und damit der Zweck des gesetzmäßigen Tarifvertrages liegt, wie Nipperdey[10] besonders betont, in einem Doppelten: Erstens in dem Schutz der Arbeitnehmer vor dem Gebrauch der Vertragsfreiheit;[11] der Grundsatz der rechtlichen Gleichstellung der Vertragsparteien verbürgt noch nicht seine praktische Durchführung; denn die Vertragsfreiheit bedeutet lediglich eine Abschlußfreiheit, insofern der Arbeitnehmer, der nur seine Arbeitskraft gegenüber dem Besitze der Produktionsmittel in die Wagschale werfen kann, allenfalls eine Auswahl unter den verschiedenen Arbeitgebern zu treffen vermag, ohne jedoch die Möglichkeit zu haben, bestimmend in die Festsetzung der Arbeitsbedingungen einzugreifen. Verhandlungen über die Gestaltung der Arbeitsvertragsbestimmungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretungen allein gewährleisten auch noch nicht die Innehaltung der vereinbarten Mindestbedingungen, erst die Unabdingbarkeit ermöglicht wenigstens für den Kreis der „Beteiligten" im allgemeinen die Ausschaltung der sogenannten „Schmutzkonkurrenz". Der zweite Vorteil des gesetzmäßigen Tarifvertrages ist die im Zusammenhang mit der Wirkung der Unabdingbarkeit durch die gleichmäßige rechtliche Ausgestaltung der Arbeitsverträge geschaffene Ruhe in dem einzelnen Arbeitsvertragsverhältnis, die sich auf das gesamte Wirtschaftsleben auch dadurch auswirkt, daß wenigstens für eine gewisse Zeitspanne mit sicheren Verhältnissen gerechnet werden kann.[12]

2. Der Inhalt des Tarifvertrages.

a) Der normative Teil.

Nach der nackten Definition der TVVO. ist der Tarifvertrag ein Vertrag zwischen bestimmten Parteien, der die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen regeln

9) Zu weit geht die Kritik Baums in der JW. 1919; S. 71, der zur Kennzeichnung der TVVO. den Aufruf der Volksbeauftragten vom 12. Nov. 1918 heranzieht und sich nicht wundert, wenn in der Verordnung einer „provisorischen sozialistischen Regierung, die das sozialistische Programm verwirklichen will, nicht der in ruhigen Zeiten den Grundgedanken der Sozialpolitik bildende Grundsatz der Herbeiführung der Waffengleichheit zum Ausdruck kommt, sondern die Verordnung etwas einseitig auf die Wünsche der Arbeiterschaft zugeschnitten ist."

10) Nipperdey, Beiträge, S. 2 u. 3.

11) Vgl. dazu auch Hedemann, Fortschritte, I. S. 27 mit weiterer Literatur.

12) Nipperdey, Beiträge, S. 3, im einzelnen die daselbst in Anm. 7 a zitierte Literatur.

soll. Was unter den einzelnen Elementen dieser Definition zu verstehen ist, läßt das Gesetz dahingestellt. Es muß also versucht werden, aus Sinn und Zweck des ganzen Rechtsinstituts zu klaren Begriffen zu gelangen. Nach der Erörterung des ersten Teiles der Arbeit ist der Kreis der Arbeitsverträge für das heutige Arbeitsrecht, dessen Teil das Tarifrecht ist, ziemlich fest umgrenzt. Schwierigkeiten könnte eher der mißverständliche Ausdruck „Bedingungen" bereiten. Sicher und allgemein anerkannt ist, daß für die Auslegung die Terminologie der §§ 158 ff. BGB. nicht anzuwenden ist,[13] sondern daß Bedingung hier gleich Vertragsbedingung gesetzt ist. Welcher Art diese Vertragsbedingungen nun sein müssen, ergibt sich einmal daraus, daß es sich um „Bedingungen *für den Abschluß von Arbeitsverträgen*" handeln muß. Der Tarifvertrag soll Bestimmungen treffen, auf die beim Zustandekommen eines Arbeitsvertrages — wenn nämlich ein solcher überhaupt abgeschlossen wird kurzerhand Bezug genommen werden kann. Man könnte die oben gegebene Definition vielleicht für die Auslegung dahin erweitern, daß man sagt, der Tarifvertrag gibt *für den Fall* des Abschlusses eines Einzelarbeitsvertrages dessen Bestimmungen, die natürlich dann so allgemein gehalten sein müssen, daß sie für eine Mehrzahl von Einzelverträgen Gültigkeit besitzen. Die Richtigkeit einer solchen Auslegung[14] folgt einmal aus dem Wortlaut der Verordnung selbst, nämlich aus der Gegenüberstellung von Haupt- und Nebensatz („Sind die Bedingungen .... geregelt, so sind die Arbeitsverträge .... unwirksam") und folgt weiter aus dem Zweck des Tarifvertrages, den ihm die heutige Auffassung beilegt.[15] Damit ist zugleich festgestellt, daß der Tarifvertrag weder selbst ein Arbeitsvertrag noch auch nur ein Vorvertrag ist. Im einzel-

---

13) Jacobi, aaO., § 12, I, Anm. 4, S. 183.

14) Die Literatur ist hierüber — mit Abweichungen im Ausdruck — im wesentlichen einig. Vgl. dazu die Zusammenstellung bei Jacobi, § 12, Anm. 4, S. 183 sowie dessen Definition, S. 185. Zu Unrecht rügt Jacobi hier (S. 186 oben) die Bezeichnungen „allgemeine Arbeitsnormen", „Tarifnormen", „Normativer Teil des Tarifvertrages", „Tarifsatzung", weil sie bereits ein Urteil über die Rechtsnatur des Tarifvertrages „vorausnehmen". Daß mit den Bezeichnungen „gleichzeitig" ein Hinweis auf die Rechtsnatur des Tarifvertrages gegeben wird, ist keine Vorwegnahme, denn Abgrenzung des Begriffes und rechtliche Einordnung gehen naturgemäß Hand in Hand. Je deutlicher der Hinweis auf den rechtlichen Charakter ist, um so leichter sind Mißverständnisse ausgeschlossen. Jacobis Vorwurf erklärt sich vielleicht daraus, daß seine Definition ohne weiteres den ersten Schritt zu der herrschenden Auffassung von der Rechtsnatur des Tarifvertrages darstellt.

15) Vgl. oben S. 20.

nen sind solche Vertragsbedingungen, die „vorsorglich" für den Arbeitsvertrag geschaffen werden, oder mit Kaskel[16] ausgedrückt, Bestimmungen, die fähig sind, „in Einzelarbeitsverträge inhaltlich überzugehen", solche über Lohn, Arbeitszeiten, Kündigungsfristen, Urlaub, Schiedsgerichte.[17] Damit ist jedoch nur der Inhalt des Tarifvertrages, soweit er Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen regelt, gekennzeichnet. Die TVVO. beschränkt sich allerdings darauf, diesen Inhalt des Tarifvertrages festzustellen und danach den Umfang seiner Wirkungen abzugrenzen, ohne damit aber etwa den Tarifvertrag im ganzen abgehandelt haben zu wollen. Das Rechtsverhältnis der Tarifparteien untereinander, die Friedenspflicht, die Durchführungs- und Einwirkungspflicht,[18] sind notwendige Bestandteile des Tarifvertrages, haben aber mit dem Einzelarbeitsvertrag nichts zu tun, können also begriffsnotwendig nicht „fähig sein, in die Einzelarbeitsverträge überzugehen".

b) Die rechtliche Natur des Tarifvertrages.

Die Auslegung der Definition des Tarifvertrages ergibt also deutlich, daß es sich um eine Verbindung von zwei rechtlich völlig verschiedenen Teilen handelt, die zwar uno actu vorgenommen werden und auch wirtschaftlich zusammengehören,[19] aber sonst verschiedenen rechtlichen Wirkungen unterliegen. Ihre Bezeichnung als normativer und obligatorischer Teil geht auf Kaskel[20] zurück, der als erster diesen Dualismus erkannt und die rechtlichen Konsequenzen daraus gezogen hat.[21] Eine weitere Erörterung des Inhalts dieser beiden Teile erübrigt sich hier, da ihre Bedeutung an dieser Stelle weniger in der Einordnung der einzelnen Bestimmungen des Tarifvertrages unter den normativen oder den obligatorischen Teil besteht, als in der Klarstellung ihres Wesens. Der

16) Kaskel, aaO., I D 1a, S. 19.

17) Vgl. dazu Kaskel, aaO.; Simson bei Kaskel, Hauptfragen, S. 20, sowie auch ebenda Schulz, S. 40 ff. und Bormann, S. 59 ff.; Jacobi, aaO., S. 186 ff.

18) Vgl. Kaskel, aaO. § 6, I, D 2 a S. 21 und unten S. 25.

19) Daß eine solche Erscheinung dem heutigen Recht nicht fremd ist, zeigt Kaskels (aaO. § 6, I S. 19), Beispiel von Barkauf, wo der obligatorische Kaufvertrag und die dingliche Uebereignung zusammenfallen.

20) Kaskel zuerst in der Lehre vom Tarifbruch, in NZ. f. AR. 1922, Sp. 397 (auch Sonderabdruck dort S. 3 ff.). Dann auch ArbR. § 6, I, D. S. 18 ff.

21) Ueber die unbegründete Abgrenzung eines dritten Teiles des Tarifvertrages (Hueck, Handb. III, S. 17 und 24; Molitor AR. 1923, Sp. 338 ff.) oder noch weiterer 2 Teile (Jacobi S. 210/221) vgl. Kaskel, aaO., Anm. 3, S. 19 mit Literatur und (ohne Berücksichtigung Jacobis) Simson, bei Kaskel. Hauptfragen, S. 19.

anfangs lebhafte Streit darüber, und damit über die Rechtsnatur des Tarifvertrages überhaupt, ist in der Literatur soweit zur Ruhe gekommen, daß man von einer herrschenden Lehre sprechen kann. Es kann hier darauf verzichtet werden, die einzelnen Meinungen,[22] den Tarifvertrag in ein bestehendes Rechtsinstitut einzuordnen, kritisch zu verzeichnen, weil daraus für die Praxis nichts mehr resultiert; ja selbst der durch die Angriffe Jacobis gegen die herrschende Lehre erneut entfachte Streit hat für die Praxis keine ausschlaggebende Bedeutung, da die rechtliche Folge des Tarifvertrages gesetzlich geregelt ist. Bei der Anwendung tariflicher Bestimmungen tritt also die rein rechtsdogmatische Frage, ob der Tarifvertrag Rechtsquelle ist oder nicht, zurück. Sie soll darum auch nur kurz gestreift werden.

Vergegenwärtigt man sich nochmals, was sich als normativer Teil aus der gesetzlichen Definition des Tarifvertrages herauslöste, und welche Aufgabe dieser „Kern des Tarifvertrages"[23] hat, und vergleicht dann seine Rechtswirkungen mit denen des obligatorischen Teils, so drängt sich die Parallele zum Gewohnheitsrecht förmlich auf: Der Tarifvertrag ist Rechtsquelle wie dieses. Die negative Festlegung seines Wesens ergibt sich ohne weiteres aus der Auslegung des gesetzlich festgelegten Begriffes. Was Bedingung für den Abschluß von Arbeitsverträgen sein soll, kann unmöglich selbst ein Arbeitsvertrag sein, kann keine subjektiven Rechte schaffen, sondern ist „innerhalb eines bestimmten räumlichen, zeitlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereiches einem Gesetz etwa einer Ergänzung der Bestimmungen des BGB. über den Dienstvertrag in Form eines zusätzlichen Spezialgesetzes über das Arbeitsverhältnis in einem bestimmten Gewerbezweig (Metallindustrie) vergleichbar".[24] Die beinahe schlagwortartige, aber dabei alles umfassende Bezeichnung Kaskels für den normativen Teil „als objektives Arbeitsvertragsrecht"[24] charakterisiert die Eigenart dieses neuen Rechtsinstituts in glänzender Weise, hat aber wohl auch vorerst die ablehnende Haltung der Literatur und die erneuten Angriffe Jacobis verursacht. Der Ausdruck „objektives Arbeitsvertragsrecht" muß sofort mißverstanden werden, sobald

22) Vgl. die Zusammenstellung von Simson, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 15 ff.
23) Kaskel, aaO., S. 19.
24) Kaskel, aaO., § 6, I, D 1 b, S. 19.

er für sich — als terminus technicus und aus dem Zusammenhang gerissen — dem Begriffe des objektiven Rechts, d. h. staatlichem Gesetzesrecht gleichgesetzt wird: Es handelt sich hier zunächst einmal darum, die Tarifsatzung — wie der Entwurf den normativen Teil bezeichnet — vom Vertrage, der es im allgemeinen mit einzelnen Rechtsverhältnissen und seinen Besonderheiten zu tun hat, zu scheiden. Dabei ist mit Recht der Gedanke der Objektivierung[25], d. h. die Abstraktion der Rechtssätze von den Besonderheiten des einzelnen Falles verwendet worden, sodaß für den hier in Rede stehenden Begriff objektives Recht als „die Gesamtheit objektivierter Rechtsregeln für eine Rechtsgemeinschaft“[26] zu fassen ist. Im Gegensatz dazu begründen die rechtsgeschäftlichen Bestimmungen subjektive Rechte; wenn auch der Begriff des subjektiven Rechts umstritten ist, so ist doch keine Definition zu finden, die die Abstraktion von den Besonderheiten noch als subjektives Recht ansieht.[27] Die Erkenntnis allein, daß der normative Teil niemand berechtigt oder verpflichtet,[28] also dem objektiven Recht in diesem Sinne zugehört, verbürgt aber noch nicht das Verständnis für die richtige Abgrenzung dieses Begriffes. Das kann nur aus dem Zusammenhang entnommen werden. Die Tarifnormen sind nicht staatliches objektives Recht,[29] sondern „autonomes Verbandsrecht für die Mitglieder der tarifbeteiligten Verbände“.[30] [31] Ob das im einzelnen juristisch konstruktiv zu halten ist, ist eine weitere Frage, die jedoch an der Tatsache, daß das Gesetz eine solche Regelung getroffen hat, nichts ändern kann. Selbst wenn sich keine Konstruktion finden ließe, die diese Erscheinung erfassen könnte, dann stände die Wissenschaft eben nur vor der Frage, das neue Rechtsinstitut als novum darzustellen oder aber es durch Erweiterung alter Begriffe und Konstruk-

25) Vgl. dazu Nipperdey, Beiträge, S. 138, insbesondere Anm. 84; Simson bei Kaskel, S. 21; Molitor im ArbR. 1923, Sp. 324.

26) Simson, aaO.

27) Molitor, aaO., Sp. 330.

28) Unrichtig Molitor, Sp. 335, der in der Verpflichtung der Tarifparteien sich gemäß den Tarifbestimmungen zu verhalten, eine rechtsgeschäftliche Bestimmung des normativen Teils sieht. Das gehört aber dem obligatorischen Teile des Tarifvertrages an.

29) So Dechant, Kollektivvertrag, der den Tarifvertrag geradezu als Gesetz im formellen Sinne ansieht. Gegen ihn ausführlich Simson, aaO., S. 22.

30) Kaskel, aaO., S. 20.

31) Den Einwand, die Beschränkung des Geltungsbereiches schließe die Annahme objektiven Rechts überhaupt aus (so Hanna Katz, Lücken, S. 62) weist Simosn (aaO. S. 21) richtig damit zurück, daß ein solches Recht „zum Postulat utopischen Universalrechts führen müßte“.

tionen einzuordnen. Nicht die begriffliche Konstruktion schreibt dem Leben den Gang seiner Entwicklung vor, sondern das Leben schafft das Recht und seine Gebilde; Aufgabe der Wissenschaft dabei ist nur, die Systematik in der praktischen Auswertung zu überwachen.

Für die weitere Untersuchung genügt hier die Feststellung, daß die Wissenschaft die „Setzung objektiven Rechts durch Vertrag“[32] anerkannt hat und zwar unter Zuhilfenahme des auf das öffentliche Recht zurückgehenden Begriffes der Vereinbarung. Den Entwicklungsgang dieses Begriffes, der für das Arbeitsrecht von großer Bedeutung ist und in der Bezeichnung Gesamtvereinbarung als Oberbegriff für Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung auftritt, im einzelnen zu verfolgen, würde zu weit führen[33] und nur den Nachweis erbringen, daß die herrschende Lehre zu einer bestimmten Auffassung gelangt ist, deren Ergebnis der vorliegenden Arbeit zugrunde gelegt ist.[34] Wesentlich ist, daß der normative Teil innerhalb des Geltungsbereiches des Tarifvertrages für die einzelnen Arbeitsverträge maßgebend ist wie ein Gesetz im materiellen Sinne.[35]

c) Der obligatorische Teil.

Der obligatorische Teil enthält, wie bereits oben erwähnt, die Bestimmungen, „die die vertragschließenden Verbände selbst verpflichten und die nicht Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge werden können.[36] Daraus folgt einmal, daß der obligatorische Teil für die Tarifparteien subjektives Vertragsrecht schafft und dann, daß er weder unabdingbare Wirkung hat, noch für allgemeinverbindlich erklärt werden kann. Seinem Wesen nach gehört er zu den gegenseitigen Schuldverträgen und unterfällt den Bestimmungen der §§ 320 BGB.[37] Der wesentlichste Unterschied gegenüber den Verträ-

32) Nipperdey, aaO., S. 140, Anm. 86.

33) Vgl. dazu im einzelnen: Kaskel, aaO., S. 20, Anm. 2 und 3; Simson, aaO., S. 23 ff.; Nipperdey, aaO., S. 140, insbesondere Anm. 86 u. 86 a.

34) Das für die weitere Untersuchung nur mittelbare Interesse an dem Streit um die Rechtsnatur des Tarifertrages, der sich immer auf die Frage nach der rechtlichen Konstruktion des normativen Teils gründet und dementsprechend die Auffassung im einzelnen bestimmt, erübrigt auch ein besonderes Eingehen auf Jacobi. Es genügt, auf die Stellungnahme Kaskels, aaO., S. 20, Anm. 3 und S. 21, Anm. 1, zu verweisen.

35) Nipperdey, Beiträge, S. 140; Kaskel, S. 19; Simson, S. 25.

36) Simson, S. 26, im Anschluß an Kaskel, § 6 I D II, S. 21 und die herrschende Lehre.

37) Die Frage, ob der obligatorische Teil dem öffentlichen (so Kaskel, S. 22 c und S. 20 Anm. 3) oder dem privaten (so Simson, S. 26) Recht angehört, kann

gen des BGB. ist der, daß beim Tarifvertrag wenigstens auf Arbeitnehmerseite als Parteien immer Verbände auftreten müssen. Damit ist die Frage nach der Partei und dem Träger der tariflichen Rechte und Pflichten berührt, um deren Lösung sich drei Theorien streiten. Ihre Namen weisen auf die von ihnen gegebene Lösung hin:

Die heute wohl allgemein anerkannte Verbandstheorie[38] sieht als Parteien nur die Berufsverbände an, nicht aber deren Mitglieder. Denn die Organisation handelt, soweit nicht besondere Vollmachten und Erklärungen vorliegen, im eigenen Namen.[39] Demgegenüber betont die Vertretungstheorie,[40] daß ausschließlich die Mitglieder der vertragschließenden Verbände Parteien des Tarifvertrages würden. Die Kumulationstheorie[41] — auch Kombinationstheorie genannt sieht sowohl in denVerbänden wie auch in ihren Mitgliedern Träger und Parteien des Tarifvertrages, da die Organisationen erstens im eigenen Namen, zweitens aber auch im Namen ihrer Mitglieder handeln.

Die TVVO. hat, trotzdem der Streit über diese Frage in der Literatur schon im Gange war, dazu keine Stellung genommen. Bei dem Mangel einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung und der grundsätzlichen Möglichkeit eines Vertragsabschlusses nach einer der drei Theorien, müßte der Parteiwille den Ausschlag geben. In der Regel liegen jedoch keine Erklärungen vor, die auch nur einen Rückschluß auf den Parteiwillen gestatteten. Dann aber führen allgemeine Erwägungen notwendig zur Ablehnung der Vertretungs- und der Kumulationstheorie. Die Entstehungsursache für die Tarifverträge war ja gerade, Organisationen zu schaffen, um den

---

dahingestellt bleiben, zumal da über die Anwendung der Vorschriften des BGB. Einigkeit herrscht.

38) Sinzheimer, Arbeitsnormenvertrag, I, S. 68 ff.; Grundzüge S. 255; Arbeitstarifgesetz, S. 152; Hueck, Recht des Tarifvertrages, S. 60 ff., 67 ff.; Handbuch, III, S. 31; Kaskel, Tarifbruch, S. 26 u. 35; Arbeitsrecht, S. 22; Simson bei Kaskel, S. 29; Jacobi, § 11, S. 179; Oertmann, ArbVertr.R. S. 62; Potthoff, ArbR. 1923, Sp. 193; Jutzi, ebenda, 1922, Sp. 727 ff. gegen Kaskel und Potthoff; Nörpel, ebenda 1923 S. 481 ff.; Nipperdey Beiträge, S. 114, S. 147 u. Anm. 95, ArbR. 1924, Sp. 566; NZ. f. AR. 1926, Sp. 338 ff. Rspr. d. RG. zum ArbR. S. 52, 70, 75; RGZ. Bd. 73, S. 92; 111, S. 105, 166; RG. v. 30. 6. 25 in JW. 1925, S. 2461; = NZ. f. AR, 1926, Sp. 45; = RArbBl. 1926, AT. S. 145 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 415 c; RG. v. 27. 11. 25 in JW. 1927, S. 241 = Potthoff Rspr. 14/27 Nr. 415 b; OLG. Naumburg, v. 30. 6. 1926, Potthoff Rspr. 14/27, Nr. 415 a; LG. Dortmund, Schl. Wesen, 1925, S. 90, vgl. auch die bei Hueck, Recht des T.V. S. 12—17 angeführte Literatur.

39) Jacobi, Anm. 11, III, S. 179.

40) Lotmar, ArbV. I, S. 796 ff., 798; Rundstein, Tarifrechtliche Streitfragen, 1907, ArchbürgR. Bd. 36, S. 204 ff.; S. 216 ff.

41) Schall Iher. J., Bd. 52, S. 115 ff., insbes. 118.

Forderungen des einzelnen Nachdruck zu verleihen, und andererseits — auch im Interesse der Arbeitgeber — die Durchführung der vertraglich übernommenen Verpflichtungen zu gewährleisten. Würden nun nicht die Verbände Träger und Partei des Tarifvertrages, sondern die Mitglieder der Verbände, dann könnten einzelne Mitglieder selbständig den Tarifvertrag kündigen, neueintretende wären überhaupt nicht verpflichtet, den Verband selbst träfe nicht einmal die Friedenspflicht.[42] Eine solche Annahme würde aber das Ende des bestehenden Tarifwesens bedeuten. Auch die Kumulationstheorie kann über diese Schwierigkeiten nicht hinweghelfen, da nicht ein einheitlicher Vertrag gegeben ist, sondern zwei Verträge, denn die verschiedenen Subjekte erklären auch Verschiedenes.[43] Das aber führt wieder zu denselben Schwierigkeiten wie bei der Vertretungstheorie.

3) Abschluß des Tarifvertrages.

a) Möglichkeiten des Zustandekommens eines Tarifvertrages.

Ein Tarifvertrag im Sinne der TVVO. kann entweder durch freiwillige Vereinbarung oder durch behördlichen Verwaltungsakt zustande kommen. Es ist bereits erwähnt, daß bei dem Zustandekommen eines Tarifvertrages im Wege freier Vereinbarung, von Kaskel als Konventional- oder Vertragstarif bezeichnet,[44] die einzige Besonderheit die ist, daß mindestens auf einer Seite ein Verband beteiligt ist. Es gelten mangels besonderer gesetzlicher Regelung die allgemeinen Grundsätze des BGB., insbesondere für die Fragen des Vertragsschlusses, der Vertretung der Parteien,[45] der Nichtigkeit, der Anfechtbarkeit usw.[46] Es muß sich bei dem Abschluß des Tarifvertrages um einen Vertrag, d. h. um eine Vereinbarung zweier oder mehrerer gleichberechtigter Vertragsparteien handeln; diese freiwillige Vereinbarung kann in privaten Verhandlungen vor dem Schlichtungsausschuß oder auch durch freiwillige Annahme eines vom Schlichtungsausschuß gestellten Schiedsspruchs durch beide Parteien erzielt

42) Kaskel, aaO., S. 22; Jacobi, aaO., S. 180.
43) Jacobi, aaO.
44) Kaskel, ArbR. § 6, II. B. S. 28.
45) Die vom Verband zu Tarifverhandlungen Entsandten haben im Zweifel Abschlußvollmacht; LG. Dortmund, v. 1. 5. 1924, NZ. f. AR. 1925, S. 178 = JW. 1924, S. 1275, Nr. 6; Kaskel, aaO., S. 28, Anm. 4 unter Berufung auf diese Entscheidung.
46) Kaskel, § 6, II B 1, S. 28; Sitzler zu § 1, TVVO. Anm. 2 a, S. 12; Giesberts-Sitzler, zu § 1 TVVO. Anm. 2 a S. 12.

werden.[47] Daß nach der TVVO. der vollwirksame Tarifvertrag der Schriftform bedarf, sei hier nur als Ausnahme von der an sich für Verträge bestehenden Formfreiheit erwähnt. Es wird darauf im weiteren Verlaufe der Arbeit zurückzukommen sein.

Der weitere Fall des Zustandekommens eines Tarifvertrages und zwar durch behördlichen Verwaltungsakt, sogenannter Zwangstarif,[48] unterscheidet sich in seiner Wirkung nicht von dem Konventionaltarif; er ist in zwei Fällen der Verbindlichkeitserklärung eines Schiedsspruchs des zuständigen Schlichters oder des Reichsarbeitsministers und der „bindenden Regelung" gemäß § 6a Abs. 3 Arbeitszeitnotgesetz möglich.

b) Parteien.

Die TVVO. bezeichnet in der Klammerdefinition des § 1 als Parteien eines Tarifvertrages auf der einen Seite „Vereinigungen von Arbeitnehmern" und auf der andern Seite „einzelneArbeitgeber" und „Vereinigungen vonArbeitgebern". Aus dieser Beschränkung ergibt sich zweifellos, daß nicht jedermann Partei eines Tarifvertrages sein kann, sondern daß dazu besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, die von der Wissenschaft als Tariffähigkeit und Tarifberechtigung bezeichnet werden.[49] Tariffähigkeit ist, wie der Name andeutet, die „Rechts- und Handlungsfähigkeit auf dem Gebiete des Tarifvertrages".[50] Die Begriffe Rechts- und Handlungsfähigkeit entsprechen den allgemeinen, nur eben in der Erweiterung auf die Besonderheiten des Tarifrechts,[51] sodaß

47) Kaskel, aaO.

48) Kaskel, § 6, II, B 2, S. 29; Herrfahrdt, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 146 ff.

49) So Kaskel, ArbR. § 6, II, A, S. 24 u. a.

50) Fögen, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 72; inhaltlich gleich Kaskel, aaO., § 6 II A 1, S. 24; vgl. ferner im einzelnen: Sitzler, T.R.S. 16; Sinzheimer Grundzüge S. 253 f.; Hueck, Recht des Tarifvertrages, S. 54; Handb. III S. 28; Nipperdey, Beiträge, S. 78 ff.; Jacobi, § 11, II, S. 155 ff., insbesondere S. 157, zu 2 (Jacobi hält zu Unrecht den Ausdruck Tarifvertragsparteifähigkeit für deutlicher); Kaskel, NZ. f. AR. 1926, Sp. 1; Potthoff, AR. 1925, S. 699; SchlichtungsW. 1925, S. 141; Göppert, NZ. f. AR. 1925, Sp. 321 ff.; Joerges, SchlW., 1924, S. 157 ff. und 1926, S. 21; aus Schlichtungswesen 1925; Erdel, S. 2; Oertmann, S. 97 zu II; Schoppen, S. 121; Lange, S. 123; Silberschmidt, S. 186, zu I, 3 d; Priebe, S. 187 zu I; Hardt, S. 204. — Buddeberg, Schlichtungswesen 1926, S. 180 ff.; Biensfeldt, HansRZschr. 1923, S. 233; Kandeler, Kaufmann in Wirtschaft und Recht, 1924, S. 414 ff.; 1926, S. 49 ff.; Hueck, NZ. f. AR. 1926, Sp. 641; JW. 1927, S. 231; Nipperdey, Rspr. d. RG. zum ArbR. I, S. 10, 12, 18; II, S. 4 ff. insbes. S. 15 ff.; NZ. f. AR. 1926, Sp. 195 ff.; Flatow-Joachim, SchlVO. S. 13; Dersch, Schl. VO. § 3, Anm. 5 e, S. 152 und Anm. 6c, S. 156 f.; Gerber. Kaufmann in Wirtschaft und Recht, 1926, S. 539 ff.; 543, der die Tariffähigkeit als beschränkte, öffentlichrechtliche Geschäftsfähigkeit bezeichnet; Pick, NZ. f. AR. 1926, Sp. 469; vgl. auch die folgenden Anmerkungen.

51) Eine Erweiterung ist die Tariffähigkeit gegenüber der Rechtsfähigkeit nur insofern, als diese die Tariffähigkeit nicht ohne weiteres umfaßt. Die Tariffähigkeit

Rechtsfähigkeit bedeutet, Träger von tariflichen Rechten und Pflichten sein zu können. Die Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit, einen Tarifvertrag und zwar im Sinne der TVVO. abschließen, nach den obigen Erörterungen also „durch Vereinbarung objektives Recht für den Inhalt von Arbeitsverträgen schaffen zu können".[52] Die Bedeutung der Tariffähigkeit liegt nicht nur darin, daß sie Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit eines abgeschlossenen Tarifvertrages ist, sondern tritt auch bei der Zulässigkeit eines Schlichtungsverfahrens hervor, da die Verbindlichkeitserklärung einem tarifunfähigen Verbande gegenüber rechtlich wirkungslos ist.[53]

Die Untersuchung, unter welchen Voraussetzungen die von der TVVO. bezeichneten einzelnen Arbeitgeber, Arbeitgeber- oder Arbeitnehmervereinigungen tariffähig sein können, ist hier im wesentlichen auf die Arbeitnehmervereinigungen zu beschränken, da ja hier nur die Stellung des unbeteiligten Arbeitnehmers im tarifgebundenen Betriebe zu untersuchen ist, für die Arbeitgeberseite also auf jeden Fall ein durch einen tariffähigen Arbeitgeber oder eine tariffähige Arbeitgeberorganisation geschlossener Tarifvertrag vorliegen muß. Zudem bietet die Beurteilung der Tariffähigkeit eines einzelnen Arbeitgebers keine Schwierigkeiten und die Erfordernisse, die sich als Voraussetzung der Tariffähigkeit von Arbeitnehmervereinigungen ergeben werden, gelten entsprechend auch für die Arbeitgebervereinigungen.

Die Verordnung spricht nur von Vereinigungen von Arbeitnehmern, ohne etwas über deren Organisation oder Charakter zu sagen. Man kann aber aus dem Wortlaut wenigstens entnehmen, daß es sich um eine Vereinigung handeln muß, die nur aus einzelnen Arbeitnehmern, nicht aber aus Verbänden von Arbeitnehmern besteht. Es scheiden daher die sogenannten „Spitzenverbände" als tariffähige Organisationen aus.[54] Im Zusammenhang damit steht eine weitere Voraussetzung, die sich aus Sinn und Zweck des Tarifvertra-

---

ist eine „zusätzliche Sonderrechtsfähigkeit". Dagegen ist sie auch nur eine „Teilrechtsfähigkeit", insofern sie nämlich trotz Fehlens der allgemeinen Rechtsfähigkeit bestehen kann. Kaskel, aaO., S. 24.

52) Fögen, aaO., S. 72.

53) Jacobi, S. 156; Meissinger, RArbBl. 1925; NAT. S. 201 f; RG. v. 29. 10. 1926; RGZ. 115, S. 177.

54) Jacobi, § 11, II, 4, a S. 158 f. Kaskel, AR. aaO. S. 26, Anm. 6 a. E.; Fögen, aaO., S. 73; Dersch, SchVO. § 3, Anm. 6 c, S. 157; Flatow-Joachim, SchlVO. S. 17; Bescheid d. RAM. v. 8. 8. 1922, Berl. Mitt. Bl. 1922, S. 253 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 434; NZ. f. AR. 1922, Sp. 690.

ges ergibt: Es muß sich um „reine" Arbeitnehmervereinigungen handeln, es dürfen also nur Angehörige der einen oder anderen „Kategorie"[55] aufgenommen werden, sodaß die „Harmonievereine" oder Vereinigungen, die finanziell von Arbeitgebern unterstützt werden, nicht tariffähig sind.[56]

Ueber die rechtliche Organisationsform macht die Verordnung keine Vorschriften,[57] es ist auch kein Grund dafür vorhanden; es genügt, daß es sich um einen gewollten Zusammenschluß einer Mehrheit von Personen handelt; eine Mindestzahl von Mitgliedern ergibt sich zwangsläufig aus dem Aufgabenkreis, den eine solche Vereinigung hat.[58]

---

55) Ausschlaggebend ist also die Eigenschaft als Arbeitnehmer. Es braucht weder immer für die einzelnen Mitglieder ein Arbeitsvertragsverhältnis zu bestehen, noch spielt es eine Rolle, daß der Arbeitnehmer selbst — z. B. in seinem Hausstande Arbeitgeber — (vgl. außer den in Anm. 54 Genannten noch Nipperdey, NZ. f. AR. 1926, Sp. 205) oder etwa Arbeitnehmer in einem anderen Berufe ist (Beispiele bei Nipperdey Beiträge, S. 121; RGZ. Bd. 107, S. 144). Die Tariffähigkeit von Arbeitnehmervereinigungen wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Arbeitnehmermitglied später Arbeitgeber wird, trotzdem aber seine Mitgliedschaft nicht aufgibt. Nur darf dieses Mitglied dann keinen Einfluß mehr auf die Willensbildung der Vereinigung haben. Jacobi, aaO., 159/160. Anm. 15; Sitzler, TR. S. 16; Kaskel, NArbR. S. 17; ArbR. aaO.; Nipperdey, Beiträge. S. 120; Flatow-Joachim, Schl.VO. S. 16; RG. v. 1. 10. 1923 in JW. 1924, S. 52; GewGer. Hamburg v. 1, 2. 1924, NZ. f. AR. 1924, Sp. 563 = HansGerZtg. Beil. AR. 1924, S. 42 = Potthoff Rspr. 14/27 Nr. 429; OLG. Königsberg vom 14. 1. 1927, Potthoff, Rspr. 14/27 Nr. 429 a und ebenda Nr. 427, c; (Schl. Aussch. Hagen).

Vgl. auch die „Grundsätze über Zusammensetzung, Leitung, Zweck und Mittel der Vereinigungen, die als Arbeitnehmer-Gewerkschaften gelten wollen". Korr. Bl. d. Gen. Komm. d. Gewerkschaften Deutschlands v. 22. 4. 1919, sowie das deutsch-polnische Abkommen über Oberschlesien v. 15. 5. 1922 (RGBl. II, S. 237). Teil IV, Tit. I, Kap. I a, 161, Abs. 2, das ausdrücklich die Aufnahme von Arbeitgebern verbietet.

56) Die Tariffähigkeit der „gelben Gewerkschaften" entscheidet sich ebenfalls nur nach diesen Gesichtspunkten. Vor allem spielt die Aufnahme gewerkschaftlicher Kampfmittel in die Satzung dabei keine Rolle. Kaskel, aaO. S. 26 Anm. 5; NZ. f. AR. 1926, Sp. 5; Jacobi, aaO., S. 160 mit Anm. 16; Sinzheimer ArbTGes. S. 58; Nipperdey, Beiträge. S. 121 ff; Flatow-Joachim. Schl. VO. S. 14; Sitzler, TVR. S. 16; Dechant, Kollektivvertrag, S. 84; Flatow, Gewerkschafts-Ztg. 1926, S. 142 ff.; Bescheid d. RAM. v. 1. 9. 1920, RArbBl. 1920, S. 52 u. S. 95; NZ. f. AR. 1921, Sp. 94.

Ebenso verhält es sich mit den „Werksvereinen", d. h. freiwillig gebildeten Vereinigungen, deren Mitglieder sich aus einem bestimmten Betriebe rekrutieren, und deren Betriebsräte die Vorstandsmitglieder bilden; auch hier ist die Selbständigkeit lediglich Tatfrage. Außer dem obigen Zitat: Kaskel, aaO., S. 28 oben; ferner Gewerkschafts-Ztg. 1926, S. 230 ff.; Bescheid des RAM. v. 6. 3. 1925; RArbBl. 1925, A.T. S. 138 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 427 = N.Z. f. AR. 1925 Sp. 303; Nörpel, Arbeit, 1927, S. 613 ff.; Tyczka, Tariffähigkeit der Werksvereine.

57) Vgl. Kaskel, aaO. zu α S. 25; Jacobi, § 11, II e; S. 178; Melsbach, LZ. 1925, S. 19 ff.; Dersch, Schl. VO. S. 157; Fögen, aaO., S. 72/73; RArbG. v. 9. 5. 1928, Bensh. Samml. Bd. 2 RAG. Nr. 80, S. 277 = Potthoff, Rspr. 28 Nr. 2834; RAG. v. 6. 6. 28, Bensh. Samml. Bd. 3, RAG. Nr. 16, S. 49 = Rspr. Arb. 28, S. 352; Potthoff, Rspr. 28, Nr. 3680. A.A. Flatow-Joachim, Schl. VO. S. 13, die in jedem Fall rechts- oder nicht rechtsfähige Vereine verlangen, da z. B. die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts keine Mitglieder im Sinne der TVVO. habe.

58) Vgl. Schl. Aussch. Rastatt v. 14. 3. 1923, Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 432 a; Bescheid des RAM. v. 24. 1. 1922, NZ. f. AR. 1922, Sp. 690 = Potthoff, Rspr. 14/27 Nr. 432.

Wesentlicher als diese rein äußeren Merkmale ist das Moment der sozialen Gegenspielerschaft.[59] Eine Arbeitnehmervereinigung, z. B. eine gesellige oder auch wirtschaftliche, etwa ein Konsumverein, kann sehr wohl die eben angeführten Voraussetzungen erfüllen, ohne doch damit in Gegensatz zu den Arbeitgebern zu treten. Der Zweck des Tarifvertrages, die naturnotwendig gegensätzlichen Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Ausgleich zu bringen oder doch wenigstens zu regeln, erheischt auch von den Organisationen, die zur Erfüllung dieses Zweckes gebildet sind, den Willen, sich in diesem Interessenstreite als Verfechter des Arbeitnehmerstandpunktes betätigen zu wollen. Gleichgültig ist, ob sich das Bekenntnis einer Vereinigung zur Tariffähigkeit aus ihrer Satzung oder aus Tatsachen — wie etwa dem Gründungszweck oder der Art der Betätigung — ergibt.

Der Tariffähigkeit, die ein bloßes rechtliches Können, eine rechtliche Fähigkeit ist, steht als rechtliches Dürfen, als subjektives Recht, die Tarifberechtigung gegenüber.[60] Einen Tarifvertrag abschließen zu k ö n n e n, bedeutet eben noch nicht, ihn auch abschließen zu d ü r f e n. Beide Begriffe können nicht verschmolzen werden,[61] die Tarifberechtigung setzt vielmehr die Tariffähigkeit voraus.[62] Tarifberechtigt ist eine Vereinigung auch nicht durch das bloße Vorliegen objektiver Merkmale, sondern auf Grund des Aufgabenkreises, den bei den durch freiwilligen Zusammenschluß gebildeten Vereini-

---

59) Kaskel, aaO., zu γ S. 26. Bescheid des RAM. v. 10. 11. 1927, NZ. f. AR. 1928, Sp. 248 = Potthoff, Rspr. 28, Nr. 215; Schiedsspruch des Schl.Aussch. Halberstadt v. 10. 7. 1922, NZ. f. AR. 1922, Sp. 695; RAG. v. 9. 5. 1928 Bensh, Samml, Bd. 2, RAG. Nr. 80, S. 277 = Rspr. Arb. 28, S. 301 = Potthoff, Rspr. 28, Nr. 56; RG. v. 9. 10. 1925; RGZ. Bd. 111, S. 354; v. 29. 10. 26, RGZ. 115, S. 177,

60) Bestritten! Vgl. neben Anm. 50 im einzelnen: Kaskel, NAR. S. 17; ArbR. S. 26 zu 2; NZ. f. AR. 1926, Sp. 4; Die Teilung — materielle und formelle Tarifberechtigung — hat Kaskel auf Grund der Darstellung Fögens (S. 75 ff.) aufgegeben; vgl. ArbR. S. 26, Anm. 4; Fögen bei Kaskel, S. 75; Nörpel, bei Kaskel, Hauptfragen,, S. 67 ff. mit der in Anm. 3 zit. Literatur; Sitzler, TVR. S. 17; Schl. VO. S. 17; Dersch, Schl. VO. S. 158 ff.; Nipperdey, Beiträge, S. 78; Jacobi, § 11, II. 4, c, S. 161 ff.; Erdel, Schl. W. 1925, S. 2 u. 229; Gerber, Kaufmann in Wirtschaft u. Recht, 1926, S. 543 ff. und S. 545 ff.; Dannehl, Soziale Praxis, Bd. 29, S. 597; Wölbling, DJZ. 1919, S. 302; Joerges, Schl.W. 1924, S. 157; 160 ff.; Göppert, NZ. f. AR. 1925, S. 323; Hardt, Schl. W. 1925, S. 204; Nörpel, Schl.W. 1925, S. 163; Priebe, ebenda, S. 187; Bescheid d, M. f. Handel u. Gew. v. 21. 10. 1922; Sch.W. 1923, S. 6; RG, v. 1. 10. 1923, JW. 1924, S. 52; RGZ. Bd. 107, S. 144; Bd. 110, S. 354; RG. v. 23. 3. 1926; RArbBl. A.T. S. 175; KG. v. 15, 2. 1922, NZ. f. AR. 1924, Sp. 53 = Berl. Mitt.Bl. 1923, S. 199 ff; LG. I, Berlin v. 17. 12. 1925, RABl. 1926, S. 191 und v. 7. 1. 1926, NZ. f. AR. 1926 Sp. 756 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 449 d.

61) Nipperdey, aaO., S. 78, Anm. 6.

62) Vgl. dazu auch Jacobi, aaO. S. 163 ff.

gungen der Wille der Mitglieder, bei den durch Gesetz entstandenen[63] die gesetzliche Vorschrift bestimmt.

Der Kampf, der um die Tarifberechtigung entbrannt ist, zielt letzten Endes auf die Klärung der umstrittenen Frage nach der sogenannten „gewollten Tarifunfähigkeit", d. h. dem gewollten Ausschluß der Tarifberechtigung. Dieses Problem, das die herrschende Lehre richtig dahin entschieden hat, ein solcher Ausschluß sei lediglich für den freiwilligen Abschluß von Tarifverträgen, nicht aber für einen Zwangstarif wirksam. hat für Arbeitnehmervereinigungen keine Bedeutung, denn deren ganzes Streben ist ja darauf gerichtet, tariffähig und tarifberechtigt zu sein. Es kann daher auf eine genauere Erörterung der angedeuteten Probleme verzichtet werden.[64]

4. Wirkungen des Tarifvertrages.

a) des normativen Teils.

Die beiden rechtlich völlig von einander verschiedenen Teile des Tarifvertrages, der normative und der obligatorische Teil haben, wie bereits angedeutet, naturgemäß auch verschiedene rechtliche Wirkungen, die eine gesonderte Betrachtung erfordern. Da der normative Teil diejenigen Bestimmungen enthält, die fähig und bestimmt sind, in die Einzelarbeitsverträge überzugehen, berührt er nicht das Verhältnis der Tarifparteien untereinander, sondern trifft nur die Parteien der Arbeitsverträge.[65] Die Frage nach seiner Wirkung auf die Einzelarbeitsverträge ist gleich der Frage nach dem Verhältnis von Tarifvertrag zum Einzelarbeitsvertrag.

Wenn oben festgestellt war, daß der normative Teil objektive Rechtsnormen enthält und die positiven Bestimmungen des BGB. und der Spezialgesetze über den Dienstvertrag ergänzt, so ist damit gesagt, daß die Einzelarbeitsverträge durch den Tarifvertrag nicht anders beeinflußt werden als sonstige Schuldverträge durch die sie regelnden Gesetzesvorschriften. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß die Geltung des Tarifvertrages in bestimmter Weise begrenzt ist,

überwachen haben, also nicht tarifberechtigt sind. Tarifverträge abzuschließen, Belegschaften in Frage, die aber gerade die Durchführung der Tarifverträge zu überwachen haben, also nicht tarifberechtigt sind. Tarifverträge abzuschließen liegt nach § 8 BRG. den Berufvereinigungen ob. Ueber den Zusammenschluß zu Werksvereinen vgl. Anm. 56.

64) Bezüglich der Literatur sei verwiesen auf Kaskel, ArbR. S. 27, insbes. S. 30 zu b. Nörpel und Fögen bei Kaskel, Hauptfragen, S. 67 ff u. S. 71 ff.; Jacobi, S. 167 ff., mit weiterer Literatur; vgl. auch Anm. 50 u. 51.

65) Vgl. dazu und für das folgende, Kaskel, ArbR. § 6, IV, S. 35 ff.; eine Uebersicht über die Rechtsprechung gibt Nipperdey, NZ. f. AR. 1926, Sp. 205 ff.

und daß er die Mindestbedingungen der Arbeitsverträge vorschreibt.

Aus der Erkenntnis des normativen Teils als objektivem Recht folgt aber auch weiter, daß subjektive Rechte und Pflichten nicht durch den Tarifvertrag entstehen, sondern lediglich durch den Abschluß des Einzelarbeitsvertrages. Die Wirkungen, die das Gesetz dem normativen Teil beigelegt hat, spielen erst dann eine Rolle, wenn die Grundlage für die Wirksamkeit gegeben ist. Das geschieht durch den Abschluß des obligatorischen Vertrages. Der Tarifvertrag ist zunächst nur der Anlaß, den Einzelarbeitsvertrag mit diesem Inhalt abzuschließen, und bietet die Möglichkeit, durch Bezugnahme auf ihn eine ins einzelne gehende Aufführung der Vertragsbedingungen (soweit keine besonderen Abmachungen beabsichtigt sind), zu ersetzen. Also nicht die „Normenwirkung"[66] verursacht den Uebergang der Tarifbestimmungen in den Einzelarbeitsvertrag, sondern allein die rechtsgeschäftliche Willenserklärung der Parteien.

Damit ist jedoch noch nichts über die Frage gesagt, inwieweit die Parteien des Einzelarbeitsvertrages gezwungen sind, einen tarifgemäßen Inhalt zu vereinbaren. Darüber bestimmt vielmehr § 1 TVVO.: „Sind die Bedingungen ... geregelt, so sind Arbeitsverträge zwischen den beteiligten Personen insoweit unwirksam, als sie von der tariflichen Regelung abweichen", und „an die Stelle unwirksamer Vereinbarungen treten die entsprechenden Bestimmungen des Tarifvertrages". Die herrschende Lehre[67] trennt diese beiden Bestimmungen scharf voneinander und bezeichnet sie als unabdingbare und automatische Wirkung, um dementsprechend die systematische Klassifikation vorzunehmen. Kaskel[68] dagegen spricht nur von der Unabdingbarkeit und folgert mit Recht aus dem Wortlaut der Verordnung, daß die vom Gesetz bestimmte Wirkung weder eine zwingende Rechtsnorm ist, denn sonst müßte ein Arbeitsvertrag mit nicht tarifgemäßem Inhalt nichtig sein, noch auch eine dispositive, denn dann wäre der Tarifvertrag nur im Zweifel für den Einzelarbeitsvertrag maßgeblich. Gerade aber der Umstand, daß es unmöglich ist, einen nicht tarifgemäßen Arbeitsvertrag abzu-

66) So Oertmann SchlW. 1924, Sp. 181.
67) Molitor, NZ. f. AR. 1923, Sp. 41 ff.; Nipperdey, Beiträge, S. 1 ff.; Melsbach, ArbR., S. 155; Hueck, Recht des Tarifvertrages, S. 93; Erdel, NZ. f. AR. 1922, Sp. 73; Gallas, bei Kaskel, Hauptfragen, S. 83 ff.
68) Kaskel, aaO., S. 37.

schließen, daß vielmehr die Bestimmungen des Tarifvertrages „von selbst" in den Arbeitsvertrag übergehen, beweist die Unmöglichkeit, mit der hergebrachten Zweiteilung in zwingendes und dispositives Recht auskommen zu können. Es handelt sich hier um eine dritte, über diese beiden Begriffe hinausgehende Norm, die man nach Kaskel als „korrigierende", „unmittelbare" oder „automatische" bezeichnen kann.[69] Den Streit im einzelnen weiter zu verfolgen, würde zu weit führen, da er lediglich auf die systematische Klassifikation der beiden positiven Betimmungen gerichtet ist und für die Praxis keine besondere Bedeutung hat.

Der Tarifvertrag hat für den Einzelarbeitsvertrag eigentlich nur die Bedeutung, daß er den Parteien die Verfügungsgewalt darüber läßt, ob sie den Einzelarbeitsvertrag abschließen wollen oder nicht. Schließen die Parteien den Arbeitsvertrag ab, so bestimmt der Tarifvertrag den Mindestinhalt ohne Rücksicht auf etwaige anderweitige Vereinbarungen, es sei denn, daß eine der gesetzlichen Ausnahmen[70] vorliegt. Das ist aber nur der Fall, wenn Abweichungen im Tarifvertrag ausdrücklich zugelassen sind oder Vereinbarungen getroffen werden, die den Arbeitnehmer günstiger stellen. Schließlich kann man noch die Arbeitsverträge mit Schwerbeschädigten oder Notstandsarbeitern hierher zählen.

α) Grenzen des Tarifvertrages.

Die Frage nach den Grenzen der Geltung eines Tarifvertrages ist gleichbedeutend mit der Frage, wie weit die Unabdingbarkeit des normativen Teiles reicht, d. h. welche Parteien eines Arbeitsvertrages gezwungen sind, den normativen Teil eines Tarifvertrages zum Inhalt ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärung zu machen. Die TVVO. hat lediglich Bestimmungen über die Begrenzung des persönlichen Geltungsbereichs[71] getroffen, indem sie die Wirkung der Tarifnormen auf die Beteiligten beschränkte. Wer im einzelnen darunter zu rechnen ist, bestimmt § 1 Abs. 2 TVVO. Da die Auslegung der von der TVVO. aufgezählten „Beteiligten" bereits auf Grenzfälle führt, bei denen eine sichere Trennung von Beteiligten und Unbeteiligten zweifelhaft sein kann, soll

69) Die Bezeichnung ist nicht glücklich gewählt, da Kaskel hierunter etwas anderes versteht als die herrschende Lehre.

70) Gegen diesen Ausdruck Jacobi, § 14, I, S 225.

71) Vgl. dazu Jacobi's Kritik (Grundlehren I, 1, S. 226, mit Anm. 16) an dem Ausdruck „persönlicher Geltungsbereich".

darauf unten[72] ausführlich eingegangen werden. Hier interessiert nur die Feststellung, daß die TVVO. als Voraussetzung für den Eintritt der Unabdingbarkeit die Tarifbeteiligung beider Parteien des Arbeitsvertrages statuiert. Diese Voraussetzung muß erfüllt sein, wenn die Vereinbarungen bei Abschluß des Arbeitsvertrages gewissermaßen unter der Kontrolle des Tarifvertrages getroffen sein sollen. Steht die Tarifbeteiligung der beiden Vertragsgegner fest, dann erst werden entgegenstehende Abmachungen durch die tariflichen Bestimmungen ersetzt, dann erst gehen diese tariflichen Bestimmungen „von selbst" in den Arbeitsvertrag über. Fehlt auf einer Seite die Tarifbeteiligung, dann ist der Arbeitsvertrag mit tarifgemäßem Inhalt nur ein Vertrag wie jeder andere mit beliebigem Inhalt und löst nicht die ausdrücklich von der TVVO. bestimmten Wirkungen aus. Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 1 TVVO. Die Lösung praktischer Fälle wird also als erstes feststellen müssen: Sind die Parteien des Arbeitsvertrages tarifbeteiligt, und wird dann prüfen müssen, ob die tatsächlich getroffenen Vereinbarungen mit dem Tarifvertrag übereinstimmen. Dagegen ist für den Fall der fehlenden Tarifbeteiligung nur von den bei Abschluß des Arbeitsvertrages vereinbarten Vertragsbestimmungen auszugehen. Der Tarifvertrag spielt dann nur eine untergeordnete Rolle, nämlich unter Umständen als „ortsübliche Regelung"[73] und gewährt ein klagbares Recht auf Einhaltung der Tarifbestimmungen nicht; denn auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 612 Abs. 2 BGB. muß der Tarifvertrag nicht innegehalten werden, sondern bietet lediglich Anhaltspunkte, die allerdings praktisch ohne weiteres zu übernehmen sein werden. Die Bedeutung der Unabdingbarkeit tritt besonders im Falle der Nachwirkung hervor. Die Arbeitsverträge der Tarifbeteiligten regeln sich auch trotz Ablauf des Tarifvertrages nach diesen; denn sein normativer Teil ist ja Inhalt des Arbeitsvertrages geworden. Der Arbeitnehmer hat also weiter ein klagbares Recht auf Innehaltung der Tarifbestimmungen. Anders in dem Falle der fehlenden Tarifbeteiligung. Hier kann der Tarifvertrag auch wieder nur als ortsübliche Regelung in Frage kommen.

Eine weitere Begrenzung der Geltung des Tarifvertrages ergibt sich notwendig aus den Bestimmungen, auf welche

72) Vgl. S. 56 ff.
73) Vgl. S. 81 ff.

„Arten von Arbeit" sich der Tarifvertrag beziehen, innerhalb welchen Gebietes und welcher Zeit er gelten soll. Wenn auch die TVVO. über den „fachlichen", „räumlichen" und „zeitlichen" Geltungsbereich[74] keine positiven Bestimmungen gebracht hat, so ergibt sich die Notwendigkeit einer solchen Abgrenzung von selbst, da sonst die genügende Bestimmtheit fehlen würde, um mit Sicherheit über die Anwendbarkeit des Tarifvertrages auf Einzelarbeitsverträge entscheiden zu können. So ist der Satz verständlich, daß in Ermangelung ausdrücklicher, oder aus den Umständen zu entnehmender Abgrenzung des Geltungsbereiches der Tarifvertrag nichtig ist.[75]

β) Tarifkonkurrenz.

Die sich im Anschluß an die Abgrenzung der Geltungsbereiche des Tarifvertrages ergebende Möglichkeit einer Tarifnormenkollision ist für die vorliegende Untersuchung nur insoweit von Interesse, als es sich um die Konkurrenz mehrerer, allgemeinverbindlicher Tarifverträge oder eines allgemein verbindlichen mit einem gewöhnlichen Tarifvertrag handelt, denn nur in diesen Fällen regeln sich die Arbeitsbedingungen der Unbeteiligten nach einem Tarifvertrag.[76] Die TVVO. hat für den Fall, daß ein Arbeitsvertrag unter mehrere allgemein verbindliche Tarifverträge fällt, im Gegensatz zu den übrigen Fällen einer Tarifkonkurrenz ausdrücklich bestimmt, daß „im Streitfall vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung des Reichsarbeitsministers der Tarifvertrag maßgeblich ist, der für die größte Zahl von Arbeitsverträgen in dem Betrieb oder der Betriebsabteilung Bestimmungen" enthält. Unverständlich ist bei dem klaren Wortlaut des § 2 Abs. 2 TVVO. der Streit zwischen Freisler[77] und Hueck,[78] welche Rolle dem Parteiwillen bei dem Zusammentreffen mehrerer allgemein verbindlicher Tarifverträge zukommt. Freisler übersieht offenbar, daß die Regelung nach der genannten Bestimmung nur „im Streitfalle" eintritt.

74) Vgl. dazu im einzelnen statt anderer: Kaskel, AR. S. 33 und Jacobi, Grundlehren, S. 230 ff.
75) Kaskel, aaO., S. 32 zu III A 2.
76) Wegen der zahlreichen Literatur vgl. Becker, Tarifnormenkollision, S. IV ff., Neuerscheinungen berücksichtigen Hueck NZ. f. AR. 1926, Sp. 385 ff.; Jacobi, Grundlehren, S. 240, Anm. 40.
77) Preisler, NZ. f. 1923, Sp. 478.
78) Hueck, Handb. III, S. 85 und NZ. f. AR. 1926, Sp. 398 mit Anm. 28.

Streitfall im Sinne dieser Bestimmung ist aber nun nicht etwa jeder Rechtsstreit eines Arbeitnehmers mit seinem Arbeitgeber über den Inhalt des Arbeitsvertrages, wenn mehrere allgemein verbindliche Tarifverträge in Frage kommen; denn dann wären die Worte „im Streitfall" überflüssig und sinnlos. Die Verordnung meint vielmehr den Fall, daß mehrere Tarifverträge völlig gleichwertig nebeneinander bestehen, der Streitfall also innerhalb der Tarifverträge wegen der Gleichwertigkeit gegeben ist. Hueck hat demnach recht, wenn er sagt, ein „Streitfall" liegt nicht vor, wenn einer der Tarifverträge „selbst ein Zurücktreten anordnet oder unzweifelhaft ungünstiger ist",[79] sodaß der andere Tarifvertrag dann maßgebend ist. Nur verleitet Huecks Begründung aus dem Parteiwillen zu Mißverständnissen. Nicht der Parteiwille und der Zweck der Verbindlicherklärung als einer Ausdehnung des Tarifvertrages auf die Unbeteiligten ist maßgebend, sondern die Zugehörigkeit einer Vorrangsbestimmung zum normativen Teil. Nach der obigen Definition des normativen Teils scheint zwar eine solche Vorrangsbestimmung nicht dazu zu gehören, denn sie ist an sich nicht geeignet, in den Einzelarbeitsvertrag überzugehen. Sie gehört aber auch nicht zum obligatorischen Teil, da sie nicht die vertragschließenden Verbände verpflichtet, sondern vielmehr eine Anweisung für die Anwendung tariflicher Bestimmungen darstellt; sie ist am ehesten vielleicht einem Ausführungsgesetz vergleichbar. Insoweit ist eine Vorrangsbestimmung also doch Bestandteil des normativen Teils und nimmt an der Allgemeinverbindlichkeitserklärung teil. Damit ist aber dargetan, daß bei einer Konkurrenz mehrerer allgemein verbindlicher Tarifverträge derartige Bestimmungen in erster Linie zur Wirkung kommen und über den Vorrang eines Tarifvertrages entscheiden, ehe überhaupt ein Streitfall praktisch werden kann. Deutlicher ist die Notwendigkeit einer solchen Regelung, wenn die Bestimmungen eines der verbindlichen Tarifverträge den Arbeitnehmer günstiger stellen. Dann können sich Bedenken wegen der Zugehörigkeit zum normativen Teil nicht ergeben; denn die Günstigerstellung ist ja gerade im normativen Teil enthalten und für allgemein verbindlich erklärt worden, bestimmt also den Inhalt der Arbeitsver-

79) Hueck, NZ. f. AR. 1926, Sp. 398.

träge, ohne die anderen, ebenfalls verbindlichen Tarifverträge zu berücksichtigen.

Die Frage nach der Rangfolge beim Zusammentreffen eines gewöhnlichen Tarifvertrages mit einem allgemein verbindlichen löst sich ohne weiteres daraus, daß dieser staatliches Zwangsrecht ist und den Vorrang vor privaten Vereinbarungen hat.[80] Bestimmt der verbindliche Tarifvertrag selbst eine Ausnahme von diesem Grundsatz, so ist diese nach der obigen Erörterung wirksam und zwar auch für den Unbeteiligten. Dagegen kann es dahingestellt bleiben, ob ein für den Arbeitnehmer günstigerer Tarifvertrag dem allgemeinverbindlichen vorgeht, da der Unbeteiligte nur dem verbindlichen, nicht aber dem gewöhnlichen Tarifvertrage untersteht, auch wenn dieser günstigere Arbeitsbedingungen festsetzt.[81]

b) des obligatorischen Teils.

Der obligatorische Teil des Tarifvertrages kann seine Wirkungen nur auf die vertragschließenden Organisationen erstrecken, da er ja nur für die Tarifparteien subjektives Vertragsrecht schafft. Es erübrigt sich also, darauf näher einzugehen, da der unbeteiligte Arbeitnehmer von diesen Wirkungen in keiner Weise betroffen werden kann.

5. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung.[82]

Die TVVO. hat neben der Unabdingbarkeit als wesentlichste Neuerung des Tarifrechts die Möglichkeit geschaffen, den normativen Teil des Tarifvertrages auch über den Kreis der Beteiligten hinaus auf Außenstehende zu erstrecken. Der Zweck dieser Einrichtung ist, die „Lohn- und Arbeitsbedingungen für einen bestimmten Berufskreis in einem einwandfrei begrenzten Gebiet einheitlich zu regeln“[83] und zwar ohne Rücksicht auf den guten Willen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer und auch ohne Rücksicht auf den Grundsatz der

80) Vgl. dazu statt anderer Hueck, NZ. f. AR. 1926, Sp. 396 ff. und die Auseinandersetzung mit Becker.

81) Die Frage dürfte im Gegensatz zu Hueck, aaO., Sp. 397 unten, zu verneinen sein, da neben dem Zwangsrecht des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages für den gewöhnlichen Tarifvertrag trotz seiner günstigeren Arbeitsbedingungen überhaupt keine Möglichkeit zum Wirksamwerden besteht.

82) Vgl. Kaskel, ArbR. § 6, IV, D, S. 44; Jacobi, § 7 S. 95 ff.; Falkenstein, bei Kaskel, Hauptfragen S. 154; Nipperdey, Beiträge, S. 176 ff. mit weiterer Literatur, ferner die folgenden Anmerkungen.

83) Bescheid d. RArbMin. v. 19. 1. 1921; RArbBl. 1921; AT. S. 484; Urt. d. RG. v. 30. 6. 1925, RGZ. Bd. 111, S. 166.

Vertragsfreiheit. Unter Umständen muß eben die Vertragsfreiheit dem Interesse der Gesamtheit geopfert werden. Um Mißbräuche dabei zu verhüten, ist die Erfüllung bestimmter formeller und materieller Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung erforderlich, die im einzelnen zu erörtern sich erübrigt, da für das Arbeitsvertragsverhältnis des unbeteiligten Arbeitnehmers nicht das Verfahren, sondern die Wirkung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages praktisch wird.[84]

Ist also ein Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt worden, so ist er damit seines Vertragscharakters entkleidet.[85] Seine Wirkungen beruhen jetzt lediglich auf der Rechtsverordnung, die die Allgemeinverbindlichkeit ausspricht. Es wird zwar im Gegensatz hierzu von verschiedenen Vertretern[86] behauptet, daß auch der allgemeinverbindliche Tarifvertrag Vertrag bleibe, vor allem werde die Rechtslage der Tarifbeteiligten durch die Allgemeinverbindlicherklärung nicht berührt, doch hat sich diese Theorie nicht durchsetzen können. Die Bestimmung des § 2 Abs. 1 TVVO. läßt deutlich erkennen, daß die Verbindlichkeit der Tarifverträge für alle Arbeitsverträge ihres Geltungsbereiches maßgeblich ist und zwar „auch dann", wenn die Arbeitsvertragsparteien Unbeteiligte sind. Das Gesetz mußte die Erstreckung der Verbindlichkeit auf die Unbeteiligten hervorheben. Daß es aber diese Besonderheit mit den Worten „auch dann" einleitete und damit das „dann" aus dem Satzanfang wieder aufnahm, beweist, daß die Verbindlichkeit eben nicht nur für die Unbeteiligten, sondern auch für die Beteiligten gelten soll.[87] Die Richtigkeit der Gesetzestheorie folgt ferner auch aus der Erweiterung des Antragsrechtes auf „Außenseitervereinigungen". Wenn diese auch in der Praxis häufiger den unmittelbaren Beitritt zu einem Tarifvertrag versuchen werden, so beweist doch die vom Gesetz gegebene Möglichkeit, selbständig einen Antrag auf Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages zu stellen, daß die Verbindlichkeit eben

84) Vgl. dazu Falkenstein, aaO., S. 154 zu I und Richter, RArbBl. 1922, N.A.T., S. 733 ff.

85) Kaskel, aaO., S. 45; Falkenstein, S. 44 ff.; weitere Nachweisungen bei Jacobi, aaO., S. 106, Anm. 25; OLG. Düsseldorf v. 8. 5. 1925, NZ. f. AR. 1925, Sp. 744; LArbG. Krefeld v. 7. 12. 27. Potthoff, Rspr. 28, Nr. 2231.

86) Vgl. vor allem Nipperdey Beiträge, S. 180. Weitere Literaturnachweise bei Jacobi, aaO., S. 105, Anm. 20.

87) Jacobi, aaO., S. 108.

nicht nur für die Unbeteiligten gelten soll, da sonst — d. h. nach der Vertragstheorie — die vertragschließenden Vereinigungen sich durch eine Aenderung oder Kündigung des Tarifvertrages der Verbindlichkeit entziehen könnten.[88]

Ist die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages also Rechtsverordnung, so bestimmt sich danach auch die Frage des richterlichen Nachprüfungsrechtes. Ein richterliches Prüfungsrecht ist innerhalb der allgemeinen Grundsätze anzuerkennen, erstreckt sich jedoch nicht auf die vor Erlaß der Allgemeinverbindlicherklärung anzustellenden Zweckmäßigkeitserwägungen. Das Gericht hat also z. B. nicht nachzuprüfen, ob dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag tatsächlich eine überwiegende Bedeutung zukommt.[89]

Aus dem Wesen der Allgemeinverbindlichkeitserklärung ergibt sich, daß die Wirksamkeit der Verbindlichkeit in sachlicher Beziehung begrenzt, in persönlicher dagegen unbegrenzt ist. Die Verbindlichkeit soll für Arbeitsverträge gelten, die dem „die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegend beeinflussenden Tarifvertrag" unterfallen. Das kann aber nur bedeuten, daß lediglich der normative Teil des Tarifvertrages für verbindlich erklärt werden kann. Diese allgemein anerkannte Auffassung wird auch noch dadurch gestützt, daß die TVVO. nur den normativen Teil abhandelt. Daß in persönlicher Beziehung keine Grenze gezogen werden kann, ergibt sich aus dem Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung als einer einheitlichen Regelung der Arbeitsbedingungen für alle Arbeitnehmer. In der TVVO. kommt das in der Aufzählung des § 2 Abs. 1 zum Ausdruck, indem die Verbindlichkeit sowohl für die an dem Tarifvertrag gemäß § 1 Abs. 2 TVVO. Beteiligten wie auch für alle Unbeteiligten ausgesprochen wird. Es muß also als unzulässig angesehen werden, die Verbindlichkeit lediglich für die Mitglieder eines wirtschaftlichen Verbandes auszusprechen. Mit Recht weist der Reichsarbeitsminister[90] darauf hin, daß der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung nicht erreicht würde, wenn Mitglieder verschiedener Verbände mit Arbeit-

88) Jacobi, aaO., S. 108/109; wegen weiterer Argumente gegen Nipperdey vgl. auch S. 105 ff. und 109 ff.

89) Falkenstein, aaO., S. 155; Potthoff, NZ. f. AR. 1924, Sp. 659; RArbG. v. 2. 5. 1928; Bensh. Samml. Bd. 2 RAG. Nr. 75, S. 262; Rspr. in Arb. II. S. 292 = Potthoff, Rspr. 28, Nr. 2878.

90) Bescheid d. RArbMin. v. 19. 1. 1921, RArbBl. 1921, Amtl. T. S. 484; auch NZ. f. AR. f. AR. 1921, Sp. 84 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 593.

nehmern des gleichen Berufskreises am gleichen Ort verschiedene Arbeitsbedingungen vereinbaren könnten. Ebensowenig könnten natürlich auch nur Teile des normativen Teiles für verbindlich erklärt werden.

Die Notwendigkeit von Beschränkungen des zeitlichen und fachlichen Geltungsbereiches folgt aus allgemeinen tarifrechtlichen Erwägungen. Bei der Allgemeinverbindlichkeitserklärung ist für den zeitlichen Geltungsbereich besonders die Frage nach der Rückdatierung des Tarifvertrages bestritten gewesen. Erst durch das Urteil des Reichsgerichts vom 30. 9. 1921[91] ist die Streitfrage geklärt worden. Danach ist der Reichsarbeitsminister zur Rückdatierung befugt, wobei er die Interessen der Beteiligten nach pflichtgemäßem Ermessen zu berücksichtigen hat. Das Prüfungsrecht des Gerichts erstreckt sich lediglich darauf, ob eine Rückdatierung überhaupt zulässig ist. Da nun die TVVO. keine Vorschrift über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens getroffen hat, ist anzunehmen, daß die Bestimmung darüber der die Verbindlichkeit erklärenden Behörde vorbehalten bleiben sollte. Allerdings geht das Reichsgericht wohl zu weit, wenn es die Rückdatierung der Verbindlichkeit bis zum Tage des Abschlusses des Tarifvertrages für zulässig hält. Man wird wohl als frühesten Zeitpunkt des Wirksamwerdens den Beginn des Inkrafttretens des Tarifvertrages annehmen müssen.[92] Die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung wird entweder durch Fristablauf — wenn nämlich ein solcher bei der Erklärung ausgesprochen worden ist — oder durch ausdrückliche Aufhebung beendet. Die Gesetzestheorie erfordert eine Aufhebungserklärung im Gegensatz zu der Vertragstheorie, die eine Parteivereinbarung zur Beendigung des Tarifvertrages für ausreichend erachtet.

91) RGZ. Bd. 103, S. 23 = JW. 1922, S. 101, = NZ. f. AR. 1922, Sp. 194 = RArbBl. 1922, Amtl. T. S. 100 = SchlW. 1922, S. 18 = GewKfmGer. Bd. 27, S. 119 = Potthoff Rspr. 14/27 Nr. 596. Besch. d. RArbMin. v. 2. 10. 1920, RArbBl. 1920, Amtl. T. S. 144 und NZ. f. AR. 1921, Sp. 85; vgl. dazu die Bem. Nipperdeys, NZ. f. AR. 1926, Sp. 281, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß Nipperdey Anhänger der Vertragstheorie ist. Zu Unrecht behauptet Nipperdey, daß das Reichsgericht in seiner Entscheidung zu dem Streit Gesetzes- oder Vertragstheorie keine Stellung genommen habe. Vgl. auch Erbe, SchlW. 1922, S. 4 ff.

92) Nipperdey, aaO.; Falkenstein, S. 156, zu 2.

C. Praktischer Teil.

I. Der Begriff des unbeteiligten Arbeitnehmers.

Der Umstand, daß der unbeteiligte Arbeitnehmer bisher in der Literatur fast durchgehends nur nebenher behandelt worden ist, hat es mit sich gebracht, daß eine begriffliche Abgrenzung sich kaum findet, und daß man die Personen, die nicht an Tarifverträgen kraft positiver Bestimmung nach § 1 Abs. 2 TVVO. beteiligt sind, als Unorganisierte oder als Außenseiter bezeichnet.[1] Dagegen findet sich der Ausdruck „Unbeteiligte" nicht als Begriff im technischen Sinne, sondern lediglich aus stilistischen Gründen als Gegensatz zu den Beteiligten.[2] Sieht man jedoch genauer zu, so muß man feststellen, daß — wie immer — unter den verschiedenen Ausdrücken die verschiedensten Personengruppen verstanden werden können. Eine gewisse Verwirrung in dieser an sich einfachen Terminologie ist dadurch entstanden, daß man — vielleicht auch im Bewußtsein einer Ungenauigkeit — sagt: Partei des Tarifvertrages ist auf Arbeitnehmerseite eine Vereinigung, eine Organisation, die Nichtmitglieder der Organisation, die Unorganisierten, sind also diejenigen, deren Arbeitsvertrag nicht durch den Tarifvertrag geregelt wird. Die Oberflächlichkeit einer derartigen Bezeichnung liegt auf der Hand. Es würden nämlich demnach die nach § 1 Abs. 2 TVVO. ebenfalls Beteiligten, die ehemaligen Mitglieder einer vertragschließenden Organisation, sowie auch diejenigen Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsvertrag unter Berufung auf den Tarifvertrag geschlossen haben, gerade nicht tarifbeteiligt sein. Und wie steht es mit den Arbeitnehmern, die zwar organisiert, aber in einer nicht tariffähigen und tarifberechtigten Vereinigung, etwa einem Harmonieverband, organisiert sind? Etwas weniger groß ist die Unzulänglichkeit des Ausdrucks „Außenseiter". Die Bezeichnung ist auf allen möglichen Lebensgebieten, im Gesellschaftsleben, beim Sport, häufig auch im Zusammenhang mit rechtlichen Organisationsformen, so z. B. im Kartellrecht, gebräuchlich und beinahe zu einem Modeschlagwort geworden. Wenn der Ausdruck selbst auch in sich verständlich ist und in seiner Be-

1) Beispiele ergeben sich aus der unten angeführten Literatur.
2) Z. B. Hueck, Recht des Tarifvertrages. S. 98 unten. Eine Ausnahme macht der Bescheid des RAM. vom 13. 1. 1922 (RArbBl. 1922, Amtl. T. S. 323). Ueber diesen vgl. S. 43 Anm. 5.

deutung jetzt weniger eine geistige Einstellung, nämlich im Sinne von Eigenbrötler, als vielmehr einen Zustand, nämlich das „Draußen-Stehen", bedeutet, um dann seine jeweilige Bedeutung aus der Anwendung auf ein bestimmtes Gebiet oder aus dem Zusammenhang heraus zu erhalten, so ist doch ein solcher unbestimmter Begriff für die Sprache der Wissenschaft wenig geeignet. Es mag zugegeben sein, daß der Begriff „Außenseiter", noch dazu wenn er in Anführungsstrichen bei einer Abhandlung tarifrechtlicher Fragen gebraucht wird, zu Mißverständnissen wenig Anlaß bieten kann, vorausgesetzt nur, daß man über den Kreis der dann gemeinten Außenseiter im klaren ist.[3] Immerhin bleibt zweifelhaft, ob man nun den Außenseiter im Hinblick auf den Tarifvertrag oder im Hinblick auf die Berufsvereinigungen[4] meint.

Die Bezeichnung „Unbeteiligter", die schließlich ja nur eine Abkürzung für die umständliche Ausdruckweise „an einem Tarifvertrag unbeteiligter Arbeitnehmer" ist, hat mindestens den Vorteil für sich, in positiver Form von der TVVO. gebraucht zu sein. Es kommt hinzu, daß mit der Anwendung dieser Bezeichnung der Ausgangspunkt für die begriffliche Klarlegung soweit konkretisiert worden ist, das Ungenauigkeiten, wie sie die Bezeichnung „Unorganisierte" und „Außenseiter" in sich schließen, vermieden werden müssen. Spricht man von Unbeteiligten, so ist eben wegen der Verwendung der positiven Form in der TVVO. bereits angedeutet, daß es sich um eine Abgrenzung von Personen im Hinblick auf einen Tarifvertrag handelt.[5] Vergegenwärtigt man sich einmal nach dem Wortlaut des § 1 der TVVO., wer als Unbeteiligter in Betracht kommen kann, so ergeben sich auf der einen Seite einmal zweifellos die „Unorganisierten", d. h. die Arbeitnehmer, die überhaupt keiner Vereinigung angeschlossen sind, ferner von den „Organisierten" einmal die, die keiner tariffähigen und tarifberechtigten Organisation

3) Richtig beabsichtigt z. B. Hanna Katz, Lücken, S. 2.
4) So z. B. Rundstein, ZHR. Bd. 72, S. 86.
5) Daß auch dabei noch erhebliche Mißverständnisse möglich sind, beweist der Bescheid des RAM. v. 13. 1. 1922, RArbBl. 1922, A. T. S. 323. Es wird hier offenbar zwischen „nicht beteiligten Arbeitnehmern, deren Arbeitsvertrag ausdrücklich oder stillschweigend auf den Inhalt des Tarifvertrages abgestellt" worden ist und „unbeteiligten dritten Personen" unterschieden. Die ersteren sind die Beteiligten wegen Berufung auf den Tarifvertrag, während die unbeteiligten dritten Personen tatsächlich Unbeteiligte sind. Die Nichtachtung des Gesetzes, die sich in dieser falschen Bezeichnung ausspricht, erklärt sich aus dem Bestreben, nur die Organisationsmitglieder als Beteiligte anzusehen. Vgl. dazu unteen S. 66 ff.

angehören, dann aber auch die, deren Organisation zwar tariffähig und tarifberechtigt ist, aber im konkreten Fall den Tarifvertrag nicht mit abgeschlossen hat, also nicht Partei des Tarifvertrages ist.

Hanna Katz[6] versucht, die genannten Personenkreise unter folgender Definition zu vereinigen:

> „Als Außenseiter werden Berufsangehörige bezeichnet, die trotz des Vorhandenseins eines oder mehrerer für sie in Betracht kommender Tarifverträge weder als Kontrahenten noch als Angehörige eines kontrahierenden Verbandes als sogen. „Organisierte" einem Tarifvertrag unterstehen."

Bedenklich erscheint die Formulierung weder „als Kontrahenten noch als Angehörige eines kontrahierenden Verbandes". Die Abgrenzung des letzten Personenkreises ist klar; aus dem Zusatz „sog. Organisierte" ergibt sich zweifellos, daß hier lediglich die Mitglieder einer als Partei bei dem Zustandekommen eines Tarifvertrages mitwirkenden Vereinigung getroffen sind. Was dagegen unter den Kontrahenten zu verstehen ist, ist nicht ersichtlich. Aus dem Zusammenhang der Katz'schen Arbeit ergibt sich, daß nur von Arbeitnehmern die Rede ist, sodaß eine Deutung, es handle sich um einen einzelnen Arbeitgeber als Kontrahenten, von vornherein ausscheiden muß. Aber auch, wenn man zunächst unterstellt, daß unter dieser Bezeichnung eine der oben genannten Personengruppen zusammengefaßt sei, so wäre der Ausdruck immerhin falsch. Bei einem Tarifvertrag müssen auf Arbeitnehmerseite immer Vereinigungen mitwirken, nie kann der einzelne Arbeitnehmer — etwa entsprechend dem einzelnen Arbeitgeber — selbständig auftreten. Es ist demnach falsch, von einzelnen Arbeitnehmern als Kontrahenten des Tarifvertrages zu sprechen. Daß Hanna Katz durch die Negation (weder als Kontrahenten noch als Organisierte) darauf habe hinweisen wollen, erscheint unwahrscheinlich und wäre auch sinnlos gewesen.[7] Es bliebe also nur noch

---

6) Vgl. dazu S. 43, Anm. 3.

7) Möglich wäre auch, daß Hanna Katz durch die Fassung des § 1 Abs. 2 TVVO. zu ihrer Definition gekommen ist, indem sie nämlich einfach die Worte der Verordnung negierte und die ehemaligen Organisierten und die unter Berufung auf den Tarifvertrag einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, unberücksichtigt gelassen hat. Dann aber hätte sie die Fassung der TVVO. falsch ausgelegt: Wenn nämlich die Verordnung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die „Vertragsparteien des Tarifvertrages sind . . ." spricht, so kann sich das nur auf einzelne

übrig, dem unverständlichen Ausdruck einen Sinn zu geben. Das ist aber aussichtslos. Denn weder die ehemaligen Mitglieder der Vereinigungen sind Kontrahenten, noch auch die unter Berufung auf den Tarifvertrag den Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, denn diese haben mit dem Abschluß des Tarifvertrages überhaupt nichts zu tun, können also nicht als Kontrahenten bezeichnet werden. Bei einer vollständigen Definition des unbeteiligten Arbeitnehmers kann man — wenn auch auf Kosten der Kürze und Prägnanz — von einer Aufzählung der genannten Personengruppen nicht absehen, da sich ein einheitlicher Ausdruck für diese verschiedenen Arbeitnehmer nicht finden läßt. Man kann daher definieren:

> An einem Tarifvertrag unbeteiligte Arbeitnehmer sind solche, deren Arbeitsverträge trotz des Bestehens eines oder mehrerer dem fachlichen, räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich nach für sie in Betracht kommender Tarifverträge nicht durch diesen geregelt werden, da sie — ohne ihre Arbeitsverträge unter Berufung auf den Tarifvertrag abgeschlossen zu haben — entweder überhaupt keiner Arbeitnehmervereinigung im Sinne des § 1 Abs. 1 TVVO. angehören, sogen. „Unorganisierte" oder Mitglieder einer nicht tariffähigen oder einer zwar tariffähigen, aber nicht als Vertragspartei des Tarifvertrages aufgetretenen Vereinigung sind.

Ehe jedoch diese Probleme in ihrer rechtlichen Auswirkung verfolgt werden, soll kurz auf die wirtschaftliche Bedeutung des unbeteiligten Arbeitnehmers hingewiesen werden, einmal weil die Untersuchung nur dann praktische Bedeutung haben kann, wenn die Unbeteiligten zahlenmäßig so stark sind, daß sie eine entscheidende Rolle im Wirtschaftsleben spielen und demgemäß ihr „Recht" eine b e s o n d e r e Beachtung erfordert; ein weiterer Grund für die Erörterung der wirtschaftlichen Bedeutung des Unbeteiligten liegt darin, daß dabei Meinungen von Arbeitnehmern zur Sprache kommen müssen, die sowohl Einblick in das praktische Funktionieren des Tarifwesens geben, als auch die Grundlage für den weiteren Ausbau des Tarifwesens unter Berücksichtigung der Unbeteiligten bieten. Der Plan dieses wirtschaftlichen Teiles ist damit gegeben. Zunächst soll in

---

Arbeitgeber beziehen, die ja im Gegensatz zu den Arbeitnehmern tariffähig und tarifberechtigt sind.

möglichster Beschränkung die Frage nach der Einstellung der Arbeitnehmer zum Tarifwesen erörtert werden, dann ist von dem so gewonnenen Ergebnis aus das Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander zu beleuchten, wobei einerseits auf die Arbeitnehmerorganisationen, besonders auf ihre Mitgliederzahl, andererseits auf die zahlenmäßige Erfassung der Unbeteiligten — soweit dies überhaupt möglich ist — einzugehen ist. Als Schlußfolgerung aus diesen beiden letzten Teilen ergibt sich ein Hinweis auf die Einstellung der Arbeitnehmerorganisationen zu den Außenseitern.

II. Wirtschaftliche Bedeutung des unbeteiligten Arbeitnehmers.

1) Arbeitnehmer und Tarifgedanke.

Die Erkenntnis der Notwendigkeit eines Zusammenschlusses von Arbeitnehmern, um das einzige Kapital, die Arbeitskraft, möglichst günstig auszuwerten, sich selbst möglichst teuer zu verkaufen, war der Bildung von Vereinigungen um so günstiger, als diese auch tatsächliche Erfolge ausweisen konnten. Auf die bekannte Entwicklung der Koalitionen braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es genügt die Feststellung, daß der Kampf der Arbeitnehmerorganisationen schließlich vom Siege gekrönt wurde, indem nach Beendigung des Krieges die Ausbreitung des Tarifwesens eine entscheidende Förderung erfuhr. Die Gründe dafür sind einmal in der gesetzlichen Festlegung und rechtlichen Ausgestaltung des Tarifvertrages zu suchen, dann aber spielen eine nicht geringe Rolle die Vereinbarung der großen Arbeitgeberverbände mit den Gewerkschaften vom 15. 11. 1918, sowie die im Anschluß daran am 4. 12. 1918 gebildete Arbeitsgemeinschaft der industriellen und gewerblichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Deutschlands. Den wesentlichsten Anstoß zur Durchführung des Tarifrechts hat aber wohl eine Art Massenpsychose gegeben, die durch die — vielleicht unbewußten — Erfahrungen des Krieges, insbesondere bei der taktisch-organisatorischen Verwertung von Menschenmassen und nicht zuletzt auch bei der Kriegswirtschaft, vorbereitet und durch die Revolution zum Anstoß gebracht ist, bei allen Bevölkerungskreisen den Boden für die Notwendigkeit einer Kollektivregelung bereitet hat.

Dieses Entwicklungstadium kann jedoch für den hier verfolgten Zweck nur ein vorwiegend historisches Interesse haben insofern, als es die Tatsachen und die psychologischen Motive dazu klarzulegen geeignet ist. Wesentlicher ist die Frage, ob sich die Begeisterung für Koalitionen und deren notwendiges Ausdrucksmittel, den Tarifvertrag auch in den nachfolgenden Jahren einer verhältnismäßig ruhigen Wirtschaftsentwicklung erhalten hat.

Material dafür bieten die Jahresberichte der Gewerbeaufsichtsbeamten, auf deren Bedeutung für das Arbeitsrecht hingewiesen zu haben, das Verdienst Flatows[8] ist. Die vorliegende Darstellung geht von den Berichten der Jahre 1923/24 aus, weil in ihnen das durch die Inflation, namentlich bei der Regelung der Löhne in Erscheinung tretende Moment der Unsicherheit ausscheidet, ohne jedoch die Nachwirkungen dieses Zustandes auf die Einstellung der Arbeitnehmer völlig unberücksichtigt zu lassen.

Es ist zunächst festzustellen, daß die Arbeitsordnung immer mehr verschwindet, da die Arbeitgeber ohne Arbeitsordnung auszukommen glauben und die Arbeitnehmer „im Tarifvertrag die beste Arbeitsordnung" sehen.[9] Verfehlt wäre es jedoch, daraus Schlüsse auf die Einstellung der Arbeitnehmer zum Tarifgedanken überhaupt zu ziehen. Es handelt sich hier um eine Erscheinung, die die gleiche Wirkung hat, obwohl sie in zwei verschiedenen Gedankengängen begründet ist. Die gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer sehen vielleicht in der Arbeitsordnung eine Institution, die zwar nützlich, in ihrer praktischen Auswirkung jedoch an sich geeignet ist, bei den Unorganisierten die Vorteile einer tariflichen Regelung des Arbeitsvertragsverhältnisses herabzusetzen. Die Unorganisierten und mit ihnen die anderen tarifunbeteiligten Arbeitnehmer legen auf die Arbeitsordnung vielleicht deshalb keinen Wert, weil sie von der Annahme ausgehen, daß bei einer sowieso bestehenden kollektiven Regelung die Arbeitsordnung doch überflüssig wird. Nur so sind die Worte im Potsdamer Jahresbericht[10] zu verstehen,

8) Flatow, RArbBl. 1926, NAT. S. 290 ff.

9) Hesse über den Reg.Bez. Potsdam in Jahresber. 1925, S. 39 (im folgenden nur nach Ort, Jahrgang und Seite zitiert). Aehnl. Schurmann, über Stettin und Stralsund, 1923/24, S. 103; Blüher, über Magdeburg, 1923/24, S. 234.

10) Hesse, Ueber Potsdam 1923/4, S. 32. Dabei wird von der Stellungnahme der Arbeitgeber bewußt abgesehen.

daß das Tarifvertragswesen weiter an Boden gewonnen habe und der Tarifvertragsgedanke sich immer mehr durchsetzte. Wie sollte es auch sonst zu erklären sein, daß nach dem Gesamtergebnis der Jahresberichte 1923 eine Hochflut von Tarifverträgen zu verzeichnen ist, die 1924 schon abnimmt, 1925 und 1926 dagegen beinahe einer Tarifmüdigkeit Platz macht? Diese Erscheinung beleuchtet die Einstellung der Arbeitnehmer zum Tarifgedanken ganz allgemein und wird bestätigt durch die Umlagerungen der Mitgliederzahlen der Gewerkschaften, auf die nachher einzugehen sein wird.[11] Gewiß, betrachtet man die Jahresberichte der Gewerbeaufsichtsbeamten im einzelnen, so finden sich genug Zitate, die von einer Stabilisierung des Tarifwesens in den Jahren 1925/6 zu berichten wissen,[12] andererseits fehlt es aber doch wieder nicht an Feststellungen, die geradezu von einem Nachlassen der Tarifabschlüsse sprechen,[13] vor allem seit dem Eintritt in die wirtschaftlich gesicherten Verhältnisse des Jahres 1924.[14] Man muß aber immer wieder die Feststellung machen, daß gerade in den Bezirken, die eine Stetigkeit des Tarifwesens verzeichnen, große Industrieunternehmungen vorhanden sind, in denen naturgemäß eine straffe gewerkschaftliche Organisation vorherrscht, sodaß der Anschluß von Tarifverträgen in der Hauptsache auf die gewerkschaftliche Arbeit zurückzuführen ist, nicht aber unbesehen als ein Zeichen für die Zunahme der Tariffreudigkeit unter den Arbeitnehmern gedeutet werden darf. So sehr man sich vor Verallgemeinerungen über das Nachlassen des Tarifgedankens hüten muß,[15] so muß man sich doch ebenso vor Verallgemeinerungen nach der anderen Seite in acht nehmen. Da-

11) Seite 52 f.

12) Hesse, Ueber Potsdam, 1925, S. 39; Wasmuth, Ueber Wiesbaden, 1926, S. 556, der aber auch ein weiteres Vordringen des Tarifgedankens nicht feststellen kann. Kattentidt, Ueber Arnsberg, 1925, S.446, 1926, S. 483; Gravemann, Ueber Liegnitz, 1925, S. 196, der Abneigung der Arbeitgeber gegen den Tarifvertrag für größere Gebiete zugunsten von Werktarifverträgen feststellt. Lohmann, für Gumbinnen und Allenstein, 1925, S. 13; 1926, S. 15, kann jedoch keine Fortschritte des Tarifwesens feststellen. Czimatis, Ueber Düsseldorf, 1925, S. 568; 1926, S. 605; Holthöfer, Ueber Sigmaringen, 1925, S. 674, 1926, S. 708; Fritz, Ueber Trier, 1926, Seite 681.

13) Wenzel, Ueber Berlin, 1925, S. 82; 1926, S. 89; Volkmar, Ueber Hannover, 1925, S. 331; Cordes, Ueber Minden, 1926, S. 464; Kroeker, Ueber Erfurt, 1925, S. 300 ff.; 1926, S. 324; Schuhmacher, Ueber Köln, 1925, S. 616; 1926, S. 649.

14) Wenzel, Ueber Berlin, 1923/24, S. 74; Schurmann, Ueber Stettin und Stralsund, 1923/24, S. 103; Kroeker, Ueber Erfurt, 1923/24, S. 283; Gravemann, Ueber Liegnitz, 1923/24, S. 175; Schumacher, Ueber Köln, 1923/24, S. 581.

15) Gravemann, Ueber Liegnitz, 1923/24, S. 176, den auch Flatow, RArbBl. 1926, NAT. S. 290, wörtlich zitiert.

bei ist nicht die Frage für oder wider den Tarifvertrag — so sehr diese bei dem Arbeitnehmer eine Rolle spielen kann — zu entscheiden, sondern es ist lediglich die Tatsache der Einstellung der Arbeitnehmer zu prüfen.[16] Die Gefahr, die Ergebnisse zu verallgemeinern, ist weniger groß, als ein falsches Bild auf Grund mangelnden Materials zu geben. Denn die Richtigkeit allgemein gültiger Ergebnisse kann kontrolliert werden durch die Umstände, die zu dem Einzelergebnis geführt haben, ganz abgesehen von der Benutzung weiterer Quellen, wie hier z. B. im beschränkten Maße der Gewerkschaftsbewegung. Wie aber sollen Vorgänge bei einer Vielheit von Einzelnen, die eben wegen der fehlenden Organisation in der Oeffentlichkeit nicht hervortreten, erkannt werden, wenn sie noch im Werden begriffen sind und als Gegenspieler eine fest organisierte Masse haben, die für die Ausbreitung ihrer Meinungen eine Unzahl von Hilfsmitteln hat? Hier können gerade die Jahresberichte der Gewerbeaufsichtsbeamten wesentliche Aufschlüsse geben, da sie einen Einblick in die vielen kleineren Betriebe gewinnen, in denen das Interesse eines einzelnen Arbeitnehmers für „Standesfragen" nicht so sehr durch die Werbearbeit der Gewerkschaften geweckt wird, als vielmehr aus der persönlichen Einstellung des einzelnen Arbeitnehmers, die dann eine Folgeerscheinung seiner politischen Aktivität ist, resultiert. Zumindest sehr auffällig ist in dieser Beziehung die Tatsache, daß gerade in handwerksmäßigen und kleineren Betrieben Tarifverträge verhältnismäßig selten sind.[17] Zieht man dann noch in Betracht, daß häufig Tarifverträge vorkommen, deren räumlicher Geltungsbereich zu weit gesteckt ist, um den örtlichen Verhältnissen im einzelnen Rechnung zu tragen,[18] oder deren unklare Fassung in Verbindung mit Un-

16) Gravemann, aaO., betont die Notwendigkeit des Tarifwesens hier aus anderen Gründen. Die Feststellung im Text richtet sich also nicht gegen seine Formulierung.

17) Vgl. dazu bes. Kattentidt, Ueber Arnsberg, 1923/24, S. 419; Dühm, Ueber Stade, 1925, S. 373; wesentlich ist hier besonders die Feststellung, daß Tarifverträge in kleineren Betrieben nur insoweit von Bedeutung sind, als der Einfluß der abschließenden Arbeitnehmerorganisationen reicht. Neufeldt, Ueber Königsberg, 1925, S. 2; Wittgen, Ueber Koblenz, 1923/24, S. 522; Schumacher, Ueber Köln, 1925, S. 616, der auch die mangelnde Fühlungnahme der Arbeitnehmer mit den Organisationen betont, auch 1926, S. 649; Lohmann, Ueber Gumbinnen und Allenstein, 1923/4, S. 12.

18) Vgl. dazu z. B. Gravemann, Ueber Liegnitz, 1923/24, S. 176; Lohmann, Ueber Gumbinnen und Allenstein, 1925, S. 13. — Der Vorwurf der mangelnden Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse wird dem Tarifvertrag zwar zu Unrecht gemacht; denn im Einzelarbeitsvertrag könnte das ja im Rahmen der gesetzlichen

kenntnis der gesetzlichen Vorschriften Streit zwischen den Parteien hervorruft,[19] so erscheint es nicht übertrieben, wenn man von einer gewissen Tarifmüdigkeit spricht. Ob diese Einstellung der Arbeitnehmer eine zunehmende Anhängerschaft erwirbt, bleibt abzuwarten. Die Berichte über das Jahr 1927 geben jedenfalls darauf keine Antwort, da sie, soweit sie überhaupt näher auf das Tarifwesen eingehen, als Grund für die zahlenmäßige Steigerung der Tarifverträge das Arbeitszeitnotgesetz angeben.[20]

2. Der unbeteiligte Arbeitnehmer.

Das zahlenmäßige Verhältnis der tarifbeteiligten und tarifunbeteiligten Arbeitnehmer annähernd zu ermitteln, bietet kaum zu überwindende Schwierigkeiten, wenn man bedenkt, daß jede Statistik in dieser Frage an mehr oder minder bedeutenden Mängeln leidet. Es liegt zunächst nahe, aus den Veränderungen in den Mitgliederbeständen der Arbeitnehmervereinigungen die Zu- oder Abnahme der Unbeteiligten entnehmen zu wollen.[21] Selbst wenn man sich bewußt ist, daß man damit nur die Stärke der Unorganisierten, die allerdings den größten Teil der Unbeteiligten ausmachen, feststellen könnte, so wäre doch kein Anhaltspunkt dafür gegeben, wieviele dieser Unorganisierten trotzdem Tarifverträgen unterfallen, weil sie ihre Arbeitsverträge unter Berufung auf einen Tarifvertrag abgeschlossen haben oder als ehemalige Mitglieder in Betracht kommen. Andererseits würden dann die Angehörigen nicht tariffähiger Verbände statistisch als Beteiligte erscheinen — vorausgesetzt, daß sie nicht aus einem der in § 1 Abs. 2 TVVO. genannten weiteren Gründe Beteiligte sind. Die nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen sind jedoch zahlenmäßig nicht von so großer Bedeutung, daß sie eine Schätzung der Unorganisierten in entscheidendem Maße beeinflussen könnten.

Vergleicht man nun den Stand der Mitgliederzahlen in den Gewerkschaften mit den Ergebnissen des vorigen Ka-

und tariflichen Bestimmungen ergänzt werden. Hier interessiert jedoch nur die Tatsache einer derartigen Einstellung bei den Arbeitnehmern und auch bei den Arbeitgebern.

19) Vgl. dazu z. B. Kattentidt, Ueber Arnsberg, 1923/24, S. 419.

20) Vgl. z. B. Hesse, Ueber Potsdam, 1927, S. 34; Denker, Ueber Frankfurt a. O., S. 55; Wenzel, Ueber Berlin, S. 77; Gravemann, Ueber Liegnitz, S. 184.

21) Hanna Katz, a.a.O. S. 2, Anm. 6.

pitels, so findet man hier eine Uebereinstimmung, die es rechtfertigt, die Statistik der Gewerkschaften, wenigstens zur Illustration, heranzuziehen. Nimmt man dann noch die Schätzungen der Gewerkschaften über die Stärke der Unorganisierten, wie sie sich in den Jahrbüchern und sonstigen Veröffentlichungen der Arbeitnehmerorganisationen finden, hinzu, so kann man wenigstens ein annäherndes Bild von dem Heer der Unbeteiligten erhalten. Immer aber muß bei den Veröffentlichungen der Gewerkschaften beachtet werden, daß sie in erster Linie nur den Machtzuwachs ihrer Organisation im Auge haben und immer nur die Menge der Unorganisierten, nicht der Unbeteiligten, schätzen; dabei steht es häufig nicht einmal immer fest, ob unter den Unorganisierten nicht auch die Andersorganisierten mit geschätzt werden.

Im folgenden soll daher ohne Rücksicht auf die Tariffähigkeit lediglich ein Ueberblick über die Entwicklung der Mitgliederzahlen von Arbeitnehmerorganisationen gegeben werden, wobei die Vereinigungen nicht einzeln aufgezählt werden; es wird vielmehr die Einteilung des Statistischen Jahrbuchs für das Deutsche Reich, wie sie dem Kapitel „Berufsvertretungen" zugrunde liegt, übernommen werden. Es ist auch zu beachten, daß die Tabelle genaue Ergebnisse deshalb nicht geben kann, weil die mitgeteilten Zahlen nicht genau angegeben sind, und weil einmal in der Berechnungsmethode Aenderungen eingetreten sind und dann durch Zusammenschlüsse und andere Umstände Veränderungen innerhalb der Organisation vorkommen, denen im einzelnen nachzugehen zu weit führen würde, zumal eben wegen der anderen, eben genannten Mängel doch keine genauen Ergebnisse erzielt werden können.

Bestand am Ende des Jahres.[22]

Jahr	Freie Gewerkschaften männlich	Freie Gewerkschaften dav. weibl.	Christl. Gewerksch. männlich	Dtsch. Gewerk-Vereine (Hirsch-Dunkersche) männlich	Dtsch. Gewerk-Vereine (Hirsch-Dunkersche) dav. weibl.
1919	7 337 477	1 615 922	1 000 770	189 831	18 086
1920	8 032 057	1 693 166	1 105 794	225 998	22 365
1921	7 757 957	1 591 529	1 028 900	224 597	23 375
1922	——	——	——	——	——
1923	5 741 117	1 201 493	806 992	216 497	——
1924	3 975 002	763 405	612 952	147 280	12 540
1925	4 182 511	720 825	582 319	157 571	12 061
1926	3 933 931	627 451	643 508	163 451	12 124
1927	4 415 689	——	720 059	167 638	——
Mitte 1928	4 670 000	——	——	——	——

Angestelltenverbände.[23]

Jahr	im ganzen	davon Angestellte	darunter weibliche
1919	1 436 780	1 400 508	342 026
1920	1 571 337	1 543 310	373 597
1921	1 671 796	1 642 913	351 597
1922	1 496 721	1 434 977	345 944
1923	1 422 646	1 355 743	318 204
1924	1 447 809	1 373 115	271 468
1925	1 417 007	1 357 428	248 006
1926	1 346 577	1 324 227	244 160

Ein weiteres Bild über die verhältnismäßig geringe Stärke der tarifbeteiligten Arbeitnehmer vermag die Statistik der Tarifverträge zu geben, da ja hier auch die gemäß § 1 Abs. 2 TVVO. Beteiligten erfaßt sind. Auch dieser Uebersicht kann in diesem Zusammenhang ein weiterer Wert als der einer Illustration nicht beigemessen werden, da die Berechnungsmethoden hier auch verschiedentlich gewechselt haben, sodaß genaue Angaben nicht gemacht werden können. Vor allem wurden die Zahlen der Tarifverträge durch die Veränderung des Geltungsbereichs beeinflußt, ohne jedoch den

22) Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich, 1921/22, S. 455 ff., 1923, S. 435 ff.; 1924/25, S. 402 ff.; 1926, S. 465 ff.; 1927, S. 512 ff., 1928, S. 593 ff. Die Zahlen für 1927 sind aus Linde im Arbeitgeber 1928, S. 568, 1929, S. 37 f.

23) Im einzelnen sind darunter vereinigt: gemischt-berufliche, kaufmännische, Techniker-Verbände, Verbände der Büroangestellten, der landwirtschaftlichen Angestellten, die Berufsverbände der Kranken- und Wohlfahrtspflege und Hausbeamtinnen, diese jedoch erst seit 1926. ferner „sonstige" Verbände.

Schluß auf eine relative Zu- oder Abnahme der Tarifverträge zu rechtfertigen.

Arbeitstarifverträge (Stand am 31. 12. jeden Jahres).[24]

Bei einer einmaligen Zählung der dasselbe Tarifverhältnis betreffenden Tarifverträge und Einordnung unter die der Betriebstätigkeit der umfaßten Arbeiter entsprechenden Gewerbegruppen ergeben sich:

Jahr	Tarifverträge	für Betriebe	mit beschäftigten Personen	davon weiblich
1919	11 009	272 251	5 986 475	——
1920	11 624	434 504	9 561 323	1 665 115
1921	11 448	697 476	12 882 874	2 729 788
1922	10 768	890 237	14 261 106	3 161 268
1923	8 790	812 671	13 135 384	——
1924	7 099	785 945	11 904 159	2 959 489
1925	7 533	788 755	11 140 521	2 878 882
1926	7 490	807 300	10 970 120	2 726 628

Ergibt sich schon aus diesen Tabellen, daß bei den ungeheuren Massen von Arbeitnehmern verhältnismäßig nur wenige tarifbeteiligt sind, so zeigen Veröffentlichungen in den Tageszeitungen, den Jahresberichten der Gewerkschaften oder in Zeitschriften häufig, daß man immer geneigt ist, die Zahl der Unorganisierten — denn nur von diesen ist im allgemeinen die Rede — zu unterschätzen. Daß das prozentuale Verhältnis der Organisierten zu den Unorganisierten nach den verschiedenen Gebieten verschieden ist, ist aus naheliegenden Gründen[25] verständlich. So wurde z. B., als die Frage einer öffentlichen Hilfe für die Ausgesperrten der nordwestlichen Gruppe der Eisen- und Stahlindustrie im November 1928 auftauchte, berichtet, daß etwa nur 30—40% der Ausgesperrten gewerkschaftlich organisiert sei.[26] In der Schwereisenindustrie sollen von der Gesamtarbeiterschaft höchstens 25% organisiert sein.[27] Für ganz Deutschland sollen auf etwa 28,7 Millionen nur etwa 8 196 035 Organisierte

24) Stat.Jahrb. 1921/22, S. 464, 466, 1923, S. 440; 1924/25, S. 305; 1926, S. 315; 1927, S. 348; 1928, S. 399. Die Angaben für 1923 fehlen im Stat.Jahrbuch, da aus Ersparnisgründen eine Tarifstatistik für dieses Jahr nicht geführt wurde. Die hier gegebenen Zahlen stammen aus Woytinsky, Zehn Jahre neues Deutschland, Kap. 7, Arbeit, S. 126, der die Ungenauigkeit gerade dieser Angaben besonders hervorhebt.

25) Vgl. oben S. 48 f.

26) Berl. Börs. Ztg. Nr. 524 v. 5. 11. 1928 (Oeffentl. Hilfe für die Ausgesperrten).

27) Sozialistische Monatshefte 1928, I, S. 54, Pahl, Arbeitskämpfe.

kommen.[28] Eine größere Zusammenstellung derartiger Schätzungen würde jedoch zu weit gehen, da die oben genannten Mängel hier naturgemäß noch stärker in Erscheinung treten müssen als bei den angeführten Statistiken.

Zweifellos haben die genannten Zahlen ergeben, daß ein weit geringerer Teil von Arbeitnehmern organisiert ist, als man gemeinhin annimmt. Selbst wenn man nun berücksichtigt, daß die Arbeitsverträge vieler „Unorganisierter" auf Grund der Bestimmungen des § 1 Abs. 2 TVVO. und durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung — die jedoch nur bei „überwiegender Bedeutung" erfolgen k a n n (§ 2 TVVO.) — einem Tarifvertrag unterfallen, so ist die Zahl der Unbeteiligten doch noch als bedeutend genug zu erachten, um im Rechtsleben eine erhebliche Rolle zu spielen, und schon deshalb eine Klarstellung ihrer Rechte notwendig zu machen.

3. G e w e r k s c h a f t e n u n d U n o r g a n i s i e r t e.

Ist also schon durch die zahlenmäßige Stärke der Unbeteiligten die Bedeutung des Problems gekennzeichnet, so wird diese vor allem de lege ferenda noch erhöht, wenn man die Einstellung der Gewerkschaften zu den Unorganisierten beobachtet. Interessant ist in dieser Hinsicht ein Artikel in der „Deutschen Werkmeister-Zeitung" von einem ungenannten Verfasser,[29] dessen Ausführungen als typisch für die Auffassung der meisten Gewerkschaften angesehen werden können. Es wird dort vor allem Klage darüber geführt, daß es auf eine Ausbeutung der Organisationen herauskomme und die Allgemeinheit geschädigt werde, wenn den Unorganisierten die Vorteile, die sich die Gewerkschaften erkämpft hätten, mühelos zufielen. Die Motive, den Organisationen fern zu bleiben, seien einmal in Trägheit und Stumpfheit, die allerdings zum Teil durch die ausgedehnte Arbeitszeit hervorgerufen würden, zu erblicken, dazu komme die Furcht vor dem Arbeitgeber und schließlich eine Berechnung, die von dem Gedanken ausgehe, der Vorteile auch ohne finanzielle und persönliche Aufwendungen teilhaftig zu werden. Die Beantwortung der Frage, ob man diesen Ausführungen bei-

28) Deutsche Werkmeister-Ztg. 1927, S. 289 und 38. Sonderheft des RArbBl. mit einer Zusammenstellung anderer Länder, woraus sich ergibt, daß in Deutschland verhältnismäßig mehr Arbeitnehmer organisiert sind als in anderen Staaten.

29) c. W. Wie sind die Unorganisierten zu beurteilen? Deutsche Werkmeister-Zeitung 1927, S. 289 ff.

stimmen muß oder nicht, ergibt sich aus der persönlichen Einstellung zu der Gewerkschaftsbewegung überhaupt, kann jedoch hier nicht entscheidend sein; es kommt vielmehr darauf an, welche Forderungen von den Organisationen gestellt werden, um die von ihnen behaupteten Mängel zu beseitigen. Denn die Durchsetzung dieser Forderungen muß einen mehr oder weniger großen Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen bedeuten. Es wird zwar an dieser Stelle, wo ja nur die wirtschaftliche Lage des Unbeteiligten und damit auch dessen Beeinflussung durch Dritte, festzustellen ist, nicht kritisch auf die gemachten Vorschläge einzugehen sein — das muß als rein rechtliches Problem der späteren Darstellung vorbehalten bleiben —, sondern es kann hier nur eine Aufzählung der wichtigsten Angriffsmittel gegen den Unorganisierten gegeben werden. In dem genannten Artikel werden die bisherigen Vorschläge, eine Tariflohnsteuer[30] von denjenigen Arbeitgebern, die Unorganisierte beschäftigen, zu erheben und deren Reinertrag den Organisationen zufließen zu lassen, oder die Mittel für sozialpolitische Institutionen nur von Arbeitgebern und Arbeitnehmern unter Befreiung der Organisationen aufbringen zu lassen, verworfen, und es wird gefordert: Unter Vermeidung direkten Zwanges und finanzieller Sonderbelastung Ausdehnung der Absperrklausel, die Beteiligung an der sozial- und wirtschaftspolitischen Verwaltung auf die Organisationen zu beschränken und schließlich durch erhöhte Werbetätigkeit die Unorganisierten zu bekehren. Solange derartige Forderungen weiter nichts als Forderungen sind, wird ihre Durchsetzung zwar trotzdem — wenn auch gewissermaßen „inoffiziell" — versucht werden, ihr Einfluß wird sich jedoch wirtschaftlich nur bei dem Einzelnen geltend machen und zwar dadurch, daß bereits in dem Tarifvertrag Bestimmungen, die den Unbeteiligten schlechter stellen, aufgenommen werden, oder aber — das ist ein sehr häufig vorkommender Fall —, daß der Unorganisierte von den organisierten Arbeitnehmern seines Betriebes vor die Alternative: Organisation oder Verlassen der Arbeitsstelle, gestellt wird. Für die Gesamtwirtschaft ist die Bedeutung solcher Forderungen geringer, es sei denn, daß man bei dem Moment der Beunruhigung, das sicher

30) So z. B. Der Gewerkverein Deutscher Metallarbeiter auf dem 19. Delegiertentag in Jena, vgl. ArbR. 1923, Sp. 438.

damit geschaffen wird und sowohl in dem Verhältnis von Arbeitgeber zu Arbeitnehmer, wie auch in der Beurteilung der Wirtschaft namentlich durch das Ausland, zum Ausdruck kommt, und vor allem in den Börsenkursen seinen sichtbaren Ausdruck findet, mehr die wirtschaftliche als die politische Auswirkung in Rechnung stellt. Ist jedoch für die Durchführung gewerkschaftlicher Forderungen der gesetzliche Boden geschaffen, so muß das auf die wirtschaftliche Lage des Einzelnen einen bedeutenden Einfluß haben, mag er nun gezwungen sein, sich zu organisieren, oder mag er nur manche Rechte entbehren müssen, die den Organisationsmitgliedern zustehen. Zusammenfassend kann man feststellen, daß die Unorganisierten — und damit die unbeteiligten Arbeitnehmer überhaupt — zahlenmäßig stark genug sind, um innerhalb des Arbeitsrechts eine Klarstellung ihrer Rechte fordern zu können, und daß andererseits eine Klarstellung dieser Rechte erforderlich ist, um die Anwendung eines einheitlichen Arbeitsrechts zu gewährleisten.

III. Die rechtliche Stellung des unbeteiligten Arbeitnehmers.

1. Abgrenzung des Unbeteiligten.

Wenn im folgenden mit Hilfe der obigen Definition die Unbeteiligten im einzelnen festgestellt und die Grenzfälle geklärt werden sollen, so ist namentlich hierfür notwendig, durch Auslegung des Begriffes der als Beteiligte bezeichneten Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 2 TVVO.) zu einer zweifelsfreien Kennzeichnung der Unbeteiligten zu kommen. Leitsatz für die Auslegung muß sein, die Tarifverträge für einen möglichst großen Kreis von Arbeitnehmern gelten zu lassen. Gründe, die gegen einen derartigen Auslegungsgrundsatz von den Tarifparteien gelegentlich ins Feld geführt werden, können hier nicht ins Gewicht fallen, da sie zu deutlich den einseitigen Interessenstandpunkt verraten. Vor allem kann das sowohl von Arbeitnehmer- wie Arbeitgeberseite häufig geäußerte Bedenken nicht durchgreifen, der Tarifvertrag ertöte jede individuelle Behandlung, und deshalb müsse die Anwendung von Tarifverträgen möglichst eingeschränkt oder schließlich einmal ganz beseitigt werden. Wie schon oben erwähnt, gibt die gesetzliche Regelung — wenn schon im Tarifvertrag, dessen fachliche und räumliche Begrenzung auf

eine Berücksichtigung der Einzelverhältnisse hinweisen, darauf keine Rücksicht genommen worden ist — die Möglichkeit, besonderen Verhältnissen Rechnung zu tragen, da das wohl immer gleichbedeutend mit einer Besserstellung des Arbeitnehmers ist. Auch wenn sich die Arbeitgeber gegen eine weite Ausdehnung des Kreises der Beteiligten aus dem Grunde wenden würden, weil sie in unbeteiligten Arbeitnehmern billigere Arbeitskräfte zu finden hoffen, so spricht das nicht gegen den geforderten Auslegungsgrundsatz. Steht es doch jedem Arbeitgeber frei, seinerseits „Außenseiter" zu sein und sich so einer tariflichen Bindung zu entziehen. Und wenn schließlich die Gewerkschaften die Vorteile einer kollektiven Arbeitsregelung, die sie als Früchte ihrer eigenen Arbeit ansehen, den „Streikbrechern in Permanenz"[31] nicht zugute kommen lassen wollen, so ist das eine rein interne Angelegenheit der Organisation. Jedenfalls kann sich weder der Gesetzgeber noch die Wissenschaft oder Rechtsprechung zum Anwalt nur einer Partei aufwerfen, sondern muß für die Allgemeinheit das Recht zu verwirklichen suchen.

Nun besteht aber im allgemeinen Einigkeit darüber, daß die Schaffung des Tarifvertrages ein bedeutender Fortschritt in der Rechtsentwicklung ist. Führende Männer in der Wissenschaft und Praxis haben die Vorteile des Tarifwesens für die Wirtschaft dargelegt und sich für dessen praktische Durchführung eingesetzt. Würde also allein schon dieser Gesichtspunkt des Dienstes an der Gesamtheit, der aus Sinn und Zweck des Tarifvertrages folgt, die Einbeziehung möglichst weiter Arbeitnehmerkreise in die Geltung eines Tarifvertrages rechtfertigen, so kommt noch hinzu, daß auch der Wortlaut der TVVO. auf eine derartige Auslegung hinweist. Hätte der Gesetzgeber den vertragschließenden Arbeitnehmerorganisationen — für die Arbeitgeberseite ist der Gedanke wegen der Tariffähigkeit des Einzel-Arbeitgebers von geringerer Bedeutung — eine Art Monopolstellung für die Auswertung der Vorteile aus Tarifverträgen geben wollen, wäre es sinnlos gewesen, gerade die ausgeschiedenen Mitglieder als Beteiligte zu erklären. Weiter gibt doch gerade die Berufung auf den Tarifvertrag fast allen Unbeteiligten die Möglichkeit, am Tarifvertrag beteiligt zu sein. Damit ist deutlich erklärt, daß eine einheitliche Regelung aller

31) Deutsche Werkmeister-Zeitung 1927, S. 291.

Arbeitsvertragsverhältnisse grundsätzlich „erwünscht" ist.[32] Die Frage, warum man dann nicht die tarifliche Regelung aller Arbeitsverträge gesetzlich vorgeschrieben hat, ist müßig. Denn dadurch wäre die Freiheit des einzelnen und in gewisser Beziehung auch die freie Entwicklung der Wirtschaft untergraben. Die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung sichert zudem die zwangsweise Tarifbeteiligung von Arbeitgebern wie Arbeitnehmern, wenn es das Interesse der Gesamtheit erheischt, und beweist auch gleichzeitig, daß die Erfassung aller Arbeitsverträge innerhalb eines bestimmten Geltungsbereiches nicht nur erwünscht ist, sondern notwendig sein kann und dann eben von staatswegen erzwungen werden muß.

Die Auslegung des § 1 Abs. 2 TVVO. in der Literatur läßt eine klare Stellungnahme über die Frage einer weiteren oder engeren Abgrenzung der Beteiligten vermissen, was bei der meist kurzen Behandlung dieses Fragenkomplexes nicht weiter Wunder nehmen kann. Merkwürdig ist indessen, daß fast durchgehend als „Beteiligte" nur die Mitglieder der vertragschließenden Verbände angesehen werden, während die beiden anderen, nach 1 Abs. 2 TVVO. als beteiligt bezeichneten Arbeitnehmerkreise gewissermaßen als ein Anhängsel, dem eine größere Bedeutung nicht zugesprochen werden kann, behandelt werden. So sagt Kaskel:[33] „In persönlicher Beziehung gelten die Tarifnormen nur für die „Beteiligten", d. h. für die Mitglieder der vertragschließenden Verbände bezw. für die einzelnen, den Tarifvertrag als Tarifpartei selbst schließenden Arbeitgeber. Nur sie sind den Tarifnormen unterstellt, nur ihre Einzel-Arbeitsverträge fallen daher unter die Tarifnormen und deren Unabdingbarkeit". Auch Jacobi[34] nimmt eine Trennung der Beteiligten vor, wenn er die „Fälle einer individuellen Unterwerfung im einzelnen Arbeitsvertrag nicht als Tarifbeteiligung im Sinne der gesetzlichen Voraussetzung für die unmittelbare Wirkung und Unabdingbarkeit" anerkennen will.[35] Potthoff[36] sieht den

32) Für die Zeit des Erlasses der TVVO. sogar von Potthoff, NZ. f. AR. 1928, Sp. 734, anerkannt. Vgl. auch das Rundschreiben des M.f.H.u.G. vom 7. 11. 1923, Gewerkschafts-Zeitung 1924, S. 45 = Potthoff, Rspr. 14/27 Nr. 403, wo gesagt ist, daß die Schlichtungsbehörden die Arbeitgeberkreise möglichst zum Abschluß von Tarifverträgen anzuhalten haben.

33) Kaskel, AR. § 6, C, 3 a, S. 39.

34) Jacobi, Grundlehren, § 14, I, 1, S. 229.

35) Weitere Beispiele ergeben sich aus der später zitierten Literatur.

36) Potthoff, NZ. f. AR. 1928, Sp. 730 zu I.

Grund für eine Trennung der Beteiligten darin, daß sich die „Außenseiter" durch die Berufung auf den Tarifvertrag ebensowenig wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung in den Tarifvertrag hineindrängen können. Richtig daran ist, daß die Unbeteiligten gegenüber den Tarifparteien weder Rechte erhalten noch Pflichten übernehmen können. Das ist aber schließlich im Hinblick auf den Arbeitsvertrag, der ja hier allein in Frage kommt, bei den Mitgliedern der vertragschließenden Verbände ebenso. Der obligatorische Teil des Tarifvertrages berührt die Beteiligten, mögen sie nun Mitglieder der vertragschließenden Verbände oder „Außenseiter" sein, überhaupt nicht, sondern trifft lediglich die vertragschließenden Verbände selbst. Potthoff übersieht offenbar, daß sich für den einzelnen Arbeitnehmer die Bedeutung des Tarifvertrages in der Regelung der Arbeitsbedingungen erschöpft, daß also insoweit auch die Mitglieder der vertragschließenden Organisationen „außerhalb des Tarifvertrages" bleiben und konstruiert aus der Bindung des organisierten Arbeitnehmers gegenüber seiner Gewerkschaft dessen Sonderstellung zum Tarifvertrage. Aber auch mit anderer Begründung ließe sich die von der herrschenden Lehre vorgenommene Teilung nicht rechtfertigen, da das Gesetz dafür keinen Anhalt bietet, denn es beschränkt sich darauf, die Beteiligten einfach der Reihe nach, verbunden durch „oder", aufzuzählen. Die Reihenfolge der einzelnen Beteiligten ergab sich dabei logisch aus ihrer zeitlichen Stellung zum Abschluß des Tarifvertrages: Zuerst mußten die aktiven Mitglieder der vertragschließenden Verbände aufgeführt werden, dann die ehemaligen Mitglieder und schließlich diejenigen, die sich nur die Tatsache des Bestehens eines Tarifvertrages zunutze machen. Danach können die Tarifbeteiligten zwar dem Entstehungsgrund ihrer Beteiligung nach unterschieden werden. Es sind aber keine Anhaltspunkte für eine Differenzierung des rechtlichen Umfanges der Tarifbeteiligung gegeben. Hätte der Gesetzgeber eine derartige Absicht gehabt, so hätte er durch eine andere Fassung des Abs. 2 leicht diejenigen Arbeitnehmer, die Beteiligte sind, von denen, die nur als solche gelten oder behandelt werden sollen, unterscheiden können. Durch die TVVO. ist die Tarifbeteiligung als terminus technicus[37] eingeführt. Sind die Voraussetzungen der

37) „Beteiligung" wird im folgenden auch nur in diesem Sinne gebraucht.

Beteiligung erfüllt, dann müssen auch die gesetzlich festgelegten Folgen, vor allem die Unabdingbarkeit, eintreten. Abdingbarkeit und Tarifbeteiligung schließen sich — abgesehen von den vom Gesetz zugelassenen Ausnahmen — begrifflich aus. Zu welchen unmöglichen Konsequenzen die verschiedene Bewertung der Tarifbeteiligung führt, zeigt sich bei Gieseke,[38] der feststellt, daß die Unabdingbarkeit bei den wegen Berufung auf den Tarifvertrag Beteiligten nicht „so starr" ist, wie bei den kraft Organisationszugehörigkeit beteiligten Arbeitnehmern. Es muß also[39] im Gegensatz zu der herrschenden Lehre davon ausgegangen werden, daß das Gesetz drei einander gleichstehende Kreise von Tarifbeteiligten kennt, für die ohne Rücksicht auf den Grund ihrer Beteiligung die Wirkungen des Tarifvertrages gleichmäßig eintreten.

a) Mitglieder der vertragschließenden Vereinigungen.

Wenn man nun dazu übergeht, durch Auslegung nach dem oben entwickelten Grundsatz die drei Kreise der Beteiligten zu „erweitern", so müssen sich die beiden ersten, aktive und ehemalige Mitglieder der Vertragsparteien als am wenigsten aufnahmefähig erweisen. „Mitglieder der vertragschließenden Verbände" ist ein derartig festumrissener Begriff, daß eine Erweiterung unmöglich ist. Fraglich erscheint nur die Regelung in dem Falle, daß ein bisher Unbeteiligter nach Abschluß eines Arbeitsvertrages bei Bestehen eines Tarifvertrages einer der vertragschließenden Arbeitnehmerorganisationen[40] beitritt. Selbstverständlich ist, daß der Tarifvertrag von dem Augenblick des Beitritts an den Einzelarbeitsvertrag regelt.[41] Dagegen wirkt der Tarifvertrag nicht auf den bisherigen Einzelarbeitsvertrag zurück. Darum kann auch dadurch nichts geändert werden, daß das neue Mitglied mit der Gewerkschaft eine Rückdatierung des Beitritts eventuell sogar gegen Nachzahlung der bisher fälligen Mitgliederbeiträge vereinbart. Denn das ist ein rein interner Vorgang in der Organisation.[42] Ebenso ist zu entscheiden,

38) Gruchots Beitr. Bd. 67, S. 215..

39) Wegen der näheren Begründung vgl. die Darstellung der Beteiligung im einzelnen.

40) Praktisch sind meist mehrere Gewerkschaften Partei des Tarifvertrages.

41) Ausdrücklich anerkannt im Entwurf, § 12 und Entw. Nipperdey, § 9 Ziff. 2, vgl. auch Beitr. S. 156.

42) Jacobi, aaO. S. 227, Abs. 3; Hueck, Handb. III, S. 47; Nipperdey, Beitr. S. 156 zu d; Sitzler zu § 1, Anm. 5 b, S. 22; Giesterts-Sitzler, zu § 1, Anm. 6, S. 16; Baum, JW. 1919, S. 73; KfmGer. Magdeburg, v. 1. 10. 1919; Gew.u.KfmGer.

wenn eine ursprünglich nicht als Vertragspartei aufgetretene Organisation ihren Beitritt zu dem Tarifvertrag erklärt[43] oder eine Minderheitsgewerkschaft im Schlichtungsverfahren Tarifbeteiligung erlangt.[44] Der Grund für eine solche Entscheidung ist aus dem Gesetze zu entnehmen, in dem eben nur von den „Mitgliedern" die Rede ist, und eine Regelung von derartig einschneidender wirtschaftlicher Belastung des Arbeitgebers ausdrücklich hätte erwähnt sein müssen.

b) Ehemalige Mitglieder der vertragschließenden Vereinigungen.

Unstreitig wegen der positiven Bestimmung wirkt die Unabdingbarkeit auf den Arbeitsvertrag eines Arbeitnehmers, der beim Abschluß eines Arbeitsvertrages Mitglied einer vertragschließenden Organisation war, auch nach seinem Ausscheiden aus dieser. Unstreitig und selbstverständlich erlangt der Arbeitnehmer mit dem Aufhören seiner Tarifbeteiligung die volle Vertragsfreiheit zurück.[45] Für die vorliegende Untersuchung interessieren bei diesem Tatbestand zwei Fragen: Wann hört die Tarifbeteiligung auf, und und kann der Arbeitnehmer sofort nach seinem Ausscheiden aus der Organisation mit seinem bisherigen Arbeitgeber einen neuen Arbeitsvertrag schließen und zwar zu tarifwidrigen Bedingungen? Die TVVO. hat weder Bestimmungen über das Ende des Tarifvertrages, noch auch über das Ende der Tarifbeteiligung getroffen. Nun ist aber das Ende der Tarifbeteiligung an die Beendigung des Tarifvertrages gebunden, denn einerseits ist eine Tarifbeteiligung ohne einen bestehenden Tarifvertrag begrifflich unmöglich, andererseits kann sie

---

Bd. 25, Sp. 131 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 499; Erdel, Schlichtungswesen 1921. S. 222 zu 1; Erdel verneint die Rückwirkung selbst dann, wenn der Tarifvertrag selbst mit rückwirkender Kraft ausgestattet ist. Den Grund dafür glaubt er in dem mutmaßlichen Parteiwillen gefunden zu haben. Eine generelle Lösung dieses Sonderfalles wird man nicht geben können, da es hierbei zu sehr auf die Fassung und die Gründe einer Rückwirkung des Tarifvertrages ankommt. . Grundsätzlich hat Erdel jedoch Recht.

43) Jacobi, aaO., S. 227, Abs. 2; Erdel SchlW. 1921, S. 118; Doerfler, NZ. f. AR. 1926, Sp. 27.

44) Minderheitsgewerkschaften sind im Schlichtungsverfahren auf Antrag zuzulassen, wenn sie nachweisen können, daß sie eine nicht unwesentliche Mitgliederzahl unter der Belegschaft eines Betriebes vertreten. (Schl. Aussch. Frankfurt a.M. v. 25. 11. 1924 und v. 19. 4. 1926; Schl.W. 1926, S. 139 u. 140; a. A. Nolting-Hauff, NZ. f. AR. 1928, Sp. 475 = Goerrig, Arbeitsrecht in der Praxis, Bd. 2, S. 179.

45) Ausdrücklich betont bei Hueck, Hdb. III S. 46 zu 3, Recht des Tarifvertrages, S. 102; Sitzler, aaO., S. 23; Giesberts-Sitzler, aaO. S. 17; Erdel bei Kallee, Kartenauskunftei, Karte: Berufsverein zu II, 2; Austritt, vom 31. 8. 1923; Baum JW. 1919, S. 73.

vor dem Ende des Tarifvertrages nicht aufhören oder willkürlich beseitigt werden — es sei denn, daß der Arbeitnehmer aus seiner bisherigen Arbeitsstelle ausscheidet, da das ein Verstoß gegen die Unabdingbarkeit wäre. Somit bieten also weder die Fälle der normalen, noch die der außerordentlichen Beendigung des Tarifvertrages Schwierigkeiten für die Beurteilung der Dauer der Tarifbeteiligung. Fraglich dagegen erscheint, ob eine Tarifbeteiligung der ehemaligen Mitglieder der Tarifparteien auch bei Verlängerung des Tarifvertrages über seine ursprüngliche Ablaufzeit hinaus anzunehmen ist. Das Interesse des Arbeitnehmers könnte sowohl eine solche Annahme wie auch ihr Gegenteil rechtfertigen. Gesetzt den Fall, ein Organisationsmitglied ist aus politischen oder sonstigen Gründen über seine Gewerkschaft derartig verärgert, daß er seinen Austritt zum Vierteljahrsende erklärt. Zum gleichen Zeitpunkt läuft auch der bisher geltende Tarifvertrag ab, seine Verlängerung ist aber bereits beschlossen. Jetzt besteht die Gefahr für den Arbeitnehmer, daß der Arbeitgeber ihn mit dem Aufhören seiner Tarifbeteiligung nur noch zu schlechteren Bedingungen, als sie der Tarifvertrag vorsieht, beschäftigen wird; der Arbeitnehmer hat daher an der Mitverlängerung seiner Tarifbeteiligung kraft ehemaliger Organisationszugehörigkeit ein erhebliches Interesse. Umgekehrt ist der Fall denkbar, daß ein qualifizierter Arbeiter als Gewerkschaftler nach Tarif beschäftigt wird, ohne daß es dem Arbeitgeber wegen ausdrücklicher Abmachungen im Tarifvertrag möglich wäre, ihm mehr zuzubilligen als anderen Arbeitnehmern. Der Arbeitnehmer scheidet jetzt aus seiner Gewerkschaft aus, um mit dem Ablauf des Tarifvertrages, dessen Weitergeltung ebenfalls bereits beschlossen ist, einen ihm günstigeren Arbeitsvertrag abzuschließen. Würde man hier eine Weiterwirkung der Tarifbeteiligung annehmen, so käme er in absehbarer Zeit nicht zu besseren Arbeitsbedingungen.[46]

Eine Weitergeltung der Tarifbeteiligung des ehemaligen Mitgliedes einer vertragschließenden Vereinigung über den Zeitpunkt des ursprünglichen Ablaufes eines verlängerten Tarifvertrages hinaus kann jedoch nicht angenommen werden; denn die Unabdingbarkeit wirkt nur auf Arbeitsverträge

46) Dabei ist bewußt von der Möglichkeit, wie sie sich aus der zweiten Frage ergibt, abgesehen worden.

innerhalb des räumlichen, fachlichen und zeitlichen Geltungsbereichs. Ein Tarifvertrag, der über seine Geltungsdauer hinaus verlängert wird, ist in seinem zeitlichen Geltungsbereich geändert, folglich nicht mehr derselbe Tarifvertrag, der bisher den Arbeitsvertrag regelte.[47] Die Beteiligung kann aber nach dem Sinn des Gesetzes nur für die Dauer des Tarifvertrages angenommen werden, der für ihn wegen seiner Organisationszugehörigkeit Gültigkeit hatte.[48] Diese Regelung ist auch dann nicht als ungültig anzusehen, wenn man an den ersten der beiden eben gebildeten Fälle denkt; denn der Arbeitnehmer kann ja nun versuchen, durch Berufung auf den Tarifvertrag erneut beteiligt zu sein.[49]

Die zweite Frage, die sich aus dieser Möglichkeit der Tarifbeteiligung kraft ehemaliger Organisationszugehörigkeit ergibt, behandelt den Fall, daß ein Arbeitnehmer sofort nach seinem Ausscheiden aus der Gewerkschaft mit seinem Arbeitgeber einen neuen Arbeitsvertrag tarifwidrigen Inhalts schließen will. In der Literatur wird die Möglichkeit grundsätzlich bejaht, jedoch vorausgesetzt, daß der alte Arbeitsvertrag wirklich beendet und nicht nur ein scheinbar neuer Vertrag zwischen denselben Parteien zwecks Umgehung des Gesetzes abgeschlossen wird.[50] Wann eine Umgehung des Gesetzes vorliegt, ist Tatfrage und dürfte häufig zu erheblichen

47) Der Entwurf (§ 13 Abs. 1) bestimmt ausdrücklich, daß die Tarifangehörigkeit mit dem Zeitpunkte erlischt, an dem zum ersten Mal seit dem Tage des Austritts aus der Organisation die Kündigung des Tarifvertrages durch die Tarifparteien möglich gewesen wäre. Ebenso Entwurf Nipperdey, § 10 Abs. 2, jedoch schärfer formuliert. Vgl. auch Beiträge, S. 157 zu 3. — Zum gleichen Ergebnis wird man auch für das geltende Recht kommen müssen, wenn es sich um einen, nicht für bestimmte Zeit eingegangenen Tarifvertrag handelt. Allerdings erscheint dann die Begründung aus der Veränderung des zeitlichen Geltungsbereiches gezwungener. Immerhin böte dann noch die Möglichkeit einer Kündigung des Arbeitsvertrages bei gleichzeitigem Neuabschluß (vgl. oben) die Möglichkeit, den Arbeitnehmer von der Tarifbeteiligung zu befreien, da hier, wo die Kündigung des Tarifvertrages möglich gewesen wäre, ein derartiger neuer Arbeitsvertrag nicht als eine unzulässige Gesetzesumgehung angesehen werden könnte.

48) Die Tarifbeteiligung kraft ehemaliger Organisationszugehörigkeit erstreckt sich also dann nicht auch auf spätere Tarifverträge, es sei denn, daß die Verbandszugehörigkeit zur Zeit des Abschlusses des neuen Lohnabkommens noch bestanden hat. RAG. v. 2. 7. 28. Bensh. Samml., Bd. 3, RAG. Nr. 41, S. 142 = Rspr, in ArbS. 1928, S. 385; Potthoff, Rspr. 28, Nr. 3685.

49) Scheidet ein Arbeitnehmer aus seiner Gewerkschaft aus, um sofort einer andern vertragschließenden Organisation beizutreten, so müssen dieselben Grundsätze Anwendung finden. Einer Erörterung dieses Falles bedarf es indessen nicht, weil — ohne Rücksicht auf die Entscheidung — die Tarifbeteiligung wegen ehemaliger Zugehörigkeit zu der alten oder wegen aktiver Zugehörigkeit zu der neuen Organisation gegeben wäre, die Möglichkeit also, daß der Arbeitnehmer zu irgend einem Zeitpunkt als Unbeteiligter zu behandeln ist, gar nicht praktisch werden kann.

50) Jacobi aaO., S. 227 ff.; Giesberts-Sitzler, aaO., S. 17; Baum, JW. 1919. S. 73; Hueck, Recht des Tarifvertrages, S. 102. — A. A. offenbar Gieseke, bei GruchBeitr. Bd. 67, S. 215 ff.

Schwierigkeiten Anlaß bieten. Baum[50] will es auf die Prüfung abstellen, „ob es sich nicht im wirtschaftlichen Sinne lediglich um eine Fortsetzung des bisherigen Arbeitsvertrages zu anderen Bedingungen" handelt und sieht eine Umgehung des Gesetzes vor allem darin, daß Kündigung bei gleichzeitigem Neuabschluß des Arbeitsvertrages nur vorgenommen wird, um vom Tarifvertrag freizukommen.[51].[52] Dieser Ansicht ist zuzustimmen, nur muß auch aus dem oben entwickelten Auslegungsgrundsatz heraus gefordert werden, daß im Einzelfalle der Begriff der Gesetzesumgehung sehr weit zu fassen ist, selbst auf die Gefahr hin, dem einzelnen Arbeitnehmer in wirtschaftlicher Hinsicht manchmal nicht gerecht zu werden.

Wenn Becker[53] aus der unvollkommenen Redaktion der TVVO. und ihrer arbeitnehmerfreundlichen Einstellung die Tarifbeteiligung kraft ehemaliger Organisationszugehörigkeit auf Arbeitgeber beschränken will, sodaß für den Arbeitnehmer mit dem Austritt aus seiner Gewerkschaft die Bindung an den Tarifvertrag aufhört, so ist das ein Verstoß gegen die gesetzliche Regelung. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes stehen nicht nur die Beteiligten unter sich einander gleich, sondern auch Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Aeußerlich kommt das durch die gleichzeitige Behandlung der Beteiligungsformen bei Arbeitgebern und Arbeitnehmern zum Ausdruck, trotzdem dadurch Mißverständnisse entstehen können.[54] Trennt man aber einmal die Fälle von Tarifbeteiligung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, so wird das genau gewahrte paritätische Verhältnis deutlich. Gewissermaßen in der Mitte — da für Arbeitnehmer wie Arbeitgeber gleich praktisch — stehen als Tarifbeteiligte die aktiven und ehe-

---

51) Der Entwurf (§ 11 Ziff. 2) will derartige Umgehungen dadurch vermeiden, daß er die Mitgliedschaft bei Abschluß des Tarifvertrages ausschlaggebend sein läßt. (So auch schon Sinzheimer, ArbTGes. S. 92), denn dann dauert die Beteiligung trotz Austritts aus der Organisation bis zum nächsten Kündigungstermin. Vgl. Anm. 47. Ebenso Entw. Nipperdey § 8, Ziff. 2 u. Beiträge, S. 155 ff. — A. M. aus grundsätzlicher Einstellung zum Tarifvertrag, Jacobi, S. 228, Anm. 15.

52) Das RArbG. (Urteil v. 8. 2. 1928, Bensh. Samml. Bd. 2, RAG. Nr. 5, S. 19 ff. = JW. 1928, S. 1668 = RAG. Amtl. Sammlg. Bd. 1, S. 167 = Rspr. in ArbS. I, Nr. 114 = Potthoff, Rspr. 28, Nr. 2239) hat in einem Falle, wo der Arbeitgeber aus seinem bisherigen Verbande ausschied und einem neuen beitrat, weil er seinen Betrieb umstellte (von Steinkohlenförderung auf Kaliförderung), die Kündigung der Arbeitsverträge als zulässig erachtet. Die Frage der Gesetzesumgehung konnte hier nicht praktisch werden. Nipperdey rügt zu Unrecht (JW. 1928, S. 688), daß das RAG. auf diese Bedenken nicht eingegangen ist. — Für Arbeitnehmer kann der Fall nicht eintreten.

53) Becker, Tarifnormenkollision, S. 32 ff. — Gegen Becker Jacobi, aaO. S. 228, Anm. 15, Abs. 2.

54) Vgl. unter S. 44 ff., Anm. 7.

maligen Mitglieder der Tarifparteien; daran schließt sich nach der einen Seite der Fall, wo im allgemeinen nur ein Arbeitgeber beteiligt sein kann: Tarifbeteiligung wegen Abschlusses des Tarifvertrages als Vertragspartei. Auf der andern Seite steht der Fall, wo in der Hauptsache nur ein Arbeitnehmer tarifbeteiligt ist, nämlich wegen der Berufung auf den Tarifvertrag bei Abschluß des Arbeitsvertrages. Selbstverständlich gibt es von den beiden Fällen Ausnahmen, doch sind sie so selten, daß sie das Ergebnis nicht zu beeinflussen vermögen. Auf Arbeitnehmerseite ist eine Tarifbeteiligung aus der Eigenschaft als Vertragspartei nämlich dann möglich, wenn die Vereinigung den Tarifvertrag ausschließlich oder zugleich auch im Namen ihrer Mitglieder schließt.[55] Doch dazu wäre eine ausdrückliche Vereinbarung notwendig,[56] die aber in der heutigen Praxis überhaupt nicht mehr vorkommt.[57] Daß die Ausnahmen für den Fall der Beteiligung durch Berufung auf den Tarifvertrag ebenfalls nur theoretisch konstruierbar wären, wird im folgenden[58] zu erwähnen sein. Die Aufdeckung dieses streng systematischen Aufbaues ist aber keineswegs eine so erzwungene Konstruktion, wie es vielleicht den Anschein hat. Die Tariffähigkeit auch des einzelnen Arbeitgebers ist weniger auffällig, wenn man daran denkt, daß der Firmentarif die Wurzel des heutigen Tarifwesens ist und sich als brauchbar erwiesen hat. Damit ist jedoch nicht um die Tatsache herumzukommen, daß, wenn die TVVO. weniger historischen Sinn gezeigt hätte und nicht von der Notwendigkeit des Tarifvertrages für möglichst alle Betriebe überzeugt gewesen wäre, dieser einzelne Arbeitgeber ohne Beitritt zu einem Verbande keinen Tarifvertrag hätte abschließen können. Dadurch aber, daß man dem einzelnen Arbeitgeber die Tariffähigkeit gab, hat man sie allen „Außenseitern" auf Arbeitgeberseite verliehen. Das legt den Gedanken nahe, daß in der TVVO. ein gleiches Recht auch den „Außenseitern" unter den Arbeitnehmern gegeben werden sollte, denen es jedoch nur in der Form

---

55) Hueck, Hdb. III, S. 45; Recht des TV. S. 101.
56) Vgl. oben S. 25 ff.
57) Kaskel, NAR. S. 19 zu B 1 und Nipperdey, Beitr. S. 155 zu VII, 2 b ziehen daher diese Möglichkeit überhaupt nicht mehr in Betracht. Ebenso der Entwurf § 11 Ziff. 1; Entw. Nipperdey, § 8 Ziff. 1.
58) Vgl. unten S. 68 f.

einer Generalklausel, wie sie die Berufung auf den Tarifvertrag ist, verliehen werden konnte. So ist die gleiche Stellung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in der TVVO. innerlich notwendig gemacht und prägt sich in der Gestaltung der Rechte und Pflichten aus. Der Arbeitgeber, der sich vom Tarifvertrage losgesagt hat, kann sich der Unabdingbarkeit des Tarifvertrages bei nur scheinbar neuen Arbeitsverträgen mit seinen bisherigen Arbeitern wegen Umgehung des Gesetzes ebensowenig entziehen, wie im umgekehrten Fall der Arbeitnehmer. Er kann erst nach Lösung seiner tariflichen Bindung neue Arbeitnehmer zu anderen tarifwidrigen Bedingungen einstellen,[59] wie es dem nicht mehr organisierten Arbeitnehmer freisteht, sich eine neue Arbeitsstelle zu suchen und dort zu tarifwidrigen Bedingungen zu arbeiten, trotzdem vielleicht auch in dem neuen Betriebe derselbe Tarifvertrag gilt, dem er sich durch Austritt aus der Organisation und Wechsel des Betriebes entzogen hat.

Steht somit die Gleichberechtigung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer fest, so ist die Beckersche Ansicht nicht mehr zu halten.

c) Tarifbeteiligte wegen Berufung auf den Tarifvertrag.

Hat die bisherige Untersuchung der Beteiligten mehr eine Scheidung zwischen diesen und den Unbeteiligten gebracht, so bietet die Berufung auf den Tarifvertrag allen nicht wegen Organisationszugehörigkeit (sc. zu einer vertragschließenden Organisation) Beteiligten im tarifgebundenen Betriebe die Möglichkeit, ihren Arbeitsvertrag einem Tarifvertrag zu unterstellen, ohne jedoch dem Arbeitgeber ein Zwangsmittel zu geben, durch das er den Abschluß des Arbeitsvertrages zu den von ihm gewünschten Tarifbedingungen von dem Arbeitgeber verlangen könnte.

Die herrschende Lehre[60] mißt dieser Bestimmung durchgehends eine nur geringe Bedeutung bei und behandelt dem-

59) Statt näherer Angaben: Erdel bei Kallee, Kartenauskunftei aaO. zu II 1 a. RAG. v. 8. 2. 1928, bei Goerrig, Berl. Arbeitgeberbriefe, Nr. 21 v. 13. 4. 1928. Bedenklich unscharf Kaskel, AR. S. 39, letzter Absatz.

60) Am ausführlichsten Hueck, Recht des Tarifvertrages, S. 103 ff.; Hdb. III S. 47 f. zu 4; Ihering Jahrb. Bd. 73, S. 44, Anm. 11; Nipperdey, Beitr. S. 14, Anm. 17 a, S. 156; Jacobi, Grundlehren, S. 229; Kaskel, NAR. S. 20, Anm. 2; AR. S. 39, Anm. 2; Sitzler, aaO. zu § 1 Anm. 5 d, S. 23; Giesberts-Sitzler, aaO. zu § 1 Anm. 6, S. 17; Potthoff, NZ. f. AR. 1928, Sp. 729 ff., insbes. Sp. 733 zu III, 738, V; Gieseke, bei Gruch. Beitr. Bd. 67, S. 215; Dechant, Kollektivvertrag, S. 136 zu 3; Erdmann, Rechtslage, S. 39, Anm. 21; Vanselow, NZ. f. AR. 1924, Sp. 336; vgl.

entsprechend diesen Abschnitt meist recht kurz. Es wird zwar nicht verkannt, daß diese Bestimmung dann „häufig vorkommt", wenn eine tarifgebundene mit einer tariffreien Partei einen Arbeitsvertrag schließt,[61] die praktische Bedeutung wird ihr jedoch deshalb abgesprochen, „da nichts hindert, einen solchen Vertrag unter Einhaltung der Kündigungsfrist zu kündigen und einen neuen Vertrag ohne eine solche Berufung abzuschließen, wodurch die Tarifgebundenheit und Unabdingbarkeit für diesen neuen Vertrag entfallen würde."[62]

Es fragt sich zunächst einmal, ob in jedem Falle bei Abschluß eines Arbeitsvertrages die Bezugnahme einer Partei auf den Tarifvertrag im Einverständnis mit der anderen geeignet ist, eine Tarifbeteiligung im Sinne der TVVO.[63] zu schaffen. Die herrschende Lehre,[64] wie auch die Rechtsprechung[65] ist durchgehends dieser Ansicht, wird jedoch damit dem Wesen des Tarifvertrages nicht gerecht. Voraussetzung für den Eintritt der Unabdingbarkeit ist ein Arbeitsvertrag, bei dem jede Partei tarifbeteiligt ist. Ist auf einer Seite eine nicht tarifbeteiligte Person als Vertragspartei aufgetreten, so ist die Vereinbarung eines Tarifvertrages als Inhalt des Einzelarbeitsvertrages wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit zwar durchaus möglich, der Tarifvertrag ist auch genau so die Grundlage dieses Arbeitsvertrages wie bei einem Vertragsabschluß zwischen tarifbeteiligten Personen, nur besteht erstens der Unterschied, daß die Parteien nicht gezwungen sind,[66] derartige Willenserklärungen abzugeben und zweitens daß die Arbeitsverträge nicht der Unabdingbarkeit unterstehen. Der Inhalt des Einzelarbeitsvertrages kann also hier durch erneute Vereinbarung jederzeit wieder geändert werden. Nun lassen sich in der Aufzählung der möglichen Fälle einer Tarifbeteiligung (§ 1 Abs. 2) zwei Gruppen unter-

auch Bescheid des RAM. v. 13. 1. 1922, RABl. 1922, AT. S. 323 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 480 und Antwort des RAM. v. 31. 5. 1921 zu 2 auf die Reichstagsanfrage Nr. 747 des Abgeord. Ersing (— IV A / VI A / 2505) unveröffentlicht.

61) Hueck, Recht des Tarifvertrages, aaO.; Sitzler, aaO.

62) Kaskel, AR. aaO.

63) Vgl. oben S. 58 f. u. Anm. 37.

64) Vgl. die in Anm. 60, zit. Literatur; ferner auch die Gegner der herrsch. Lehre: Sinzheimer, Grundzüge, S. 259; Erdel NZ. f. AR. 1922, Sp. 79 ff., der in jedem Fall den Eintritt der Unabdingbarkeit bejaht.

65) Vgl. GewGer. Kaiserslautern v. 23. 8. 1921; Gew.u.Kfm.Ger. 1927, S. 12 = NZ. f. AR. 1921, Sp. 592 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 479; LG. Altona v. 31. 10. 1921 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 485 f. RAM. 1922, Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 485 d; KG. v. 4. 2. 1927; Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 485 e; LArbG. Elberfeld, v. 26. 9. 1927, Bensh. Samml. Bd. 1, LAG. Nr. 37. S. 119 = Potthoff. Rspr. 28, Nr. 2237; LAG. Duisburg v. 9. 2. 1928, ArbGer.Entschdg. II, S. 210, = Potthoff, Rspr. 28, Nr. 3686.

66) Vgl. S. 33.

scheiden: Erstens, wenn man vom Einzelarbeitgeber absieht, diejenigen, die wegen ihrer Organisationszugehörigkeit bei Abschluß der Arbeitsverträge, also gewissermaßen notwendig[67] dem Tarifvertrag unterstehen und dann diejenigen die durch Berufung auf den Tarifvertrag also freiwillig, diesen für sich in Anspruch nehmen. Mit dieser letzteren Möglichkeit hat das Gesetz offenbar für die Fälle Vorsorge treffen wollen, in denen nur eine Partei tarifbeteiligt ist und der anderen die Möglichkeit gegeben werden sollte, nun ihrerseits eine Tarifbeteiligung zu schaffen, um auch den Schutz des Tarifvertrages für sich auswerten zu können. Hier wird nun die Frage praktisch, ob die Berufung auf den Tarifvertrag schlechthin jede Partei eines Arbeitsvertrages zur Tarifbeteiligten macht, insbesondere, ob auch in den Fällen, wo sowohl Arbeitgeber wie Arbeitnehmer den Mangel ihrer Tarifbeteiligung durch eine solche Bezugnahme beseitigen wollen. Steht das Gesetz nämlich auf dem Standpunkt, Berufung auf einen Tarifvertrag macht zum Beteiligten dieses Tarifvertrages, dann erhebt sich, insbesondere mit Rücksicht auf die allgemein angenommene Möglichkeit einer stillschweigenden Berufung auf den Tarifvertrag die weitere Frage: Können tariffreie Parteien einen Arbeitsvertrag mit tarifgemäßem Inhalt schließen, ohne sich den Bindungen einer Tarifbeteiligung zu unterwerfen? Diese Probleme sind nur durch eine Untersuchung der drei Fälle zu lösen, in denen eine Berufung auf den Tarifvertrag überhaupt praktisch werden kann. Möglich ist nämlich: 1 a) Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind tarifunbeteiligt und berufen sich auf einen Tarifvertrag oder 1 b) der Arbeitgeber hat sich ein für allemal auf den Tarifvertrag berufen und das dem Arbeitgeberverband angezeigt; er wartet bei jeder Neueinstellung eines unbeteiligten Arbeitnehmers ab, ob dieser sich ebenfalls auf den Tarifvertrag berufen will. 2) Der Arbeitgeber ist Unbeteiligter, der Arbeitnehmer dagegen ist kraft Organisationszugehörigkeit beteiligt. Nunmehr beruft sich der Arbeitgeber auf den für den Arbeitnehmer geltenden Tarifvertrag. 3) Der Arbeitgeber ist als Mitglied eines vertragschließenden Verbandes oder als selbständige Tarifpartei Beteiligter und stellt einen unbeteilig-

67) Deutlicher wäre vielleicht „zwangsweise" zu sagen, doch muß dieser Ausdruck vermieden werden, weil dann eine Verwechselung mit den durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung „zwangsweise" einem Tarifvertrage unterstellten Arbeitnehmer möglich wäre.

ten Arbeitnehmer ein, der sich aber bei Abschluß des Arbeitsvertrages auf den für den Betrieb geltenden Tarifvertrag beruft.

Für die vorliegende Untersuchung können die Fälle 1 b) und 3) Bedeutung gewinnen, indem nämlich festzustellen sein wird, wann und wie lange der Arbeitnehmer Beteiligter ist, also hier insoweit keine Rolle spielt. In den Fällen 1 a) und 2) ist es überhaupt unmöglich, daß es sich einmal um einen unbeteiligten Arbeitnehmer im tarifgebundenen Betriebe handeln kann. Denn, wie man auch entscheiden mag, entweder sind die Parteien Tarifbeteiligte, oder aber es liegt nur ein gewöhnlicher Arbeitsvertrag vor, der nur zufällig seinen Inhalt dem Tarifvertrag entnommen hat, aber jederzeit abgeändert werden kann. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre und auch im Gegensatz zu Sinzheimer und Erdel,[68] jedoch im Einklang mit dem Entwurf (§ 16) vertrete ich die Meinung, daß allein im Falle 3), nicht aber in den Fällen 1 a), 1 b) und 2) eine Berufung auf den Tarifvertrag möglich ist und die Wirkungen einer Tarifbeteiligung nach sich zieht. Die Gründe dafür, daß im Falle 1 a) und 3) lediglich gewöhnliche Arbeitsverträge mit zufällig tarifgemäßem Inhalt geschlossen werden, sind zwar weniger dem Gesetz als allgemeinen Erwägungen, insbesondere dem Wesen des Tarifvertrages und dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zu entnehmen. Es kann jedoch auf eine nähere Erörterung dieses Punktes, der für die weitere Untersuchung belanglos ist, verzichtet werden.

Fall 1 b): Hat ein Arbeitgeber, der weder selbst als Tarifvertragspartei aufgetreten ist, noch einem vertragschließenden Arbeitgeberverbande als Mitglied angehört, ein für alle Mal erklärt, er „berufe sich" auf den für seinen Betrieb an sich in Frage kommenden Tarifvertrag, und hat er das dem Arbeitgeberverbande angezeigt, so ist er damit sicherlich nicht Mitglied des Arbeitgeberverbandes geworden. Erdel[69] will nun durch eine solche „Anschlußerklärung an den Tarifvertrag" den Arbeitgeber zum Tarifbeteiligten machen, fordert aber, um der Voraussetzung der Schriftlichkeit des Tarifvertrages zu genügen, eine schriftliche Mitteilung.[70] Eine schriftliche Erklärung des Arbeitgebers, er wolle den Tarif-

68) Vgl. Anm. 64; S. 67.
69) NZ. f. AR. 1922, Sp. 80, SchlW. 1921, S. 118.
70) Erdel, Schl.W. 1921, S. 118 zu 4 a.

vertrag in seinem Betriebe gelten lassen — mag sie nun dem Arbeitgeber- oder dem Arbeitnehmerverbande gegenüber abgegeben sein — wird aber nie einen Tarifvertragsabschluß ersetzen können. Der Arbeitgeber kann, um seine Absicht zu verwirklichen, entweder dem Arbeitgeberverbande beitreten, oder aber mit den vertragschließenden Arbeitnehmervereinigungen einen neuen schriftlichen Tarifvertrag, der auch auf den von dem Arbeitgeberverbande geschlossenen Tarifvertrag Bezug nehmen kann, abschließen. Nur diese beiden Möglichkeiten stellt ihm das Gesetz zur Verfügung. Eine Anschlußerklärung, wie sie Erdel will, würde dem Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern gegenüber zwar zur Innehaltung des normativen Teils des Tarifvertrages verpflichten, ohne ihn jedoch an den obligatorischen Teil zu binden. Eine solche Bindung muß aber zur Gewährleistung der Sicherheit der Tarifverträge für die Vertragsparteien bestehen. Von einem „Anschluß an einen Tarifvertrag" könnte man nur sprechen, wenn etwa ein einzelner Arbeitgeber während der Verhandlungen über einen Tarifvertrag „beitritt"; dann aber schließt er den Tarifvertrag ebenso mit ab, wie die übrigen an den Tarifverhandlungen beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände. Der Fall 1 b) hat also für die folgende Untersuchung keine Bedeutung.

Fall 3): Schließt ein aus irgend einem Grunde tarifbeteiligter Arbeitgeber mit einem bisher unbeteiligten Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag, und beruft sich der Arbeitnehmer dabei auf den in dem Betriebe geltenden Tarifvertrag, so wird er damit kraft positiver gesetzlicher Bestimmung zum Beteiligten. Der Tarifvertrag übt also seine volle Wirkung auf den Arbeitsvertrag aus, insbesondere tritt die Unabdingbarkeit ein. Ueber die Form, unter der die Berufung auf den Tarifvertrag erfolgen kann, herrscht in der Literatur[71] insoweit Einigkeit, als neben der ausdrücklichen auch eine stillschweigende Bezugnahme als ausreichend erachtet wird. Man wird mit Rücksicht auf den oben entwickelten Auslegungsgrundsatz darin recht weit gehen dürfen. So wird man z. B. eine Berufung auf den Tarifvertrag auch dann annehmen müssen, wenn ein Arbeitgeber in einem Inserat oder bei der Mit-

71) Vgl. oben Anm. 60, S. 66; ferner KG. v. 4. 2. 1927 = Potthoff, Rspr. 14/27 Nr. 485 c; LAG. Berlin v. 23. 2. 1928. JW. 1928, S. 1688 = Potthoff. Rspr. 28, Nr. 3425.

teilung an Arbeitsnachweise zum Ausdruck gebracht hat, daß er nach Tarif beschäftige und ein Arbeitnehmer darauf-hin den Arbeitsvertrag abschließt.[72] Aber auch, wenn ein Arbeitnehmer in einen tarifgebundenen Betrieb eintritt, und entweder auf die Frage nach den Arbeitsbedingungen die lakonische Antwort „Tarif" erhält, oder, wenn dieser Punkt im einzelnen nicht berührt wird, tatsächlich aber eine Be-schäftigung, insbesondere die Entlohnung, entsprechend dem Tarifvertrag erfolgt,[73] ist in dem Abschluß des Arbeitsver-trages eine stillschweigende Berufung auf den Tarifvertrag zu sehen. Eine Beteiligung tritt jedoch nicht ein, wenn das ausdrücklich erklärt wird oder aus den Umständen zu ent-nehmen ist. Das ist immer dann der Fall, wenn bei Ab-schluß des Einzelarbeitsvertrages in einem Punkte von den Bestimmungen des Tarifvertrages abgewichen wird. Auf den Tarifvertrag kann nur im ganzen Bezug genommen werden, sollen seine Wirkungen eintreten.[74]

Ueber den Zeitpunkt, an dem die Berufung auf den Ta-rifvertrag erfolgt sein muß, sagt das Gesetz nichts. Man wird indessen eine solche auch nach Abschluß des Arbeitsver-trages für gültig halten müssen[75] und die sich dann ergebende Rechtslage dem Falle des späteren Eintritts in eine vertrag-schließende Organisation analog behandeln müssen. Es kommt dabei allerdings sehr auf die besonderen Abmachun-gen des Einzelfalles an, sodaß diese Regelung nur grundsätz-lich zu verstehen ist. Besondere Schwierigkeiten können z. B. dann entstehen, wenn der Arbeitsvertrag unter scheinbar stillschweigender Berufung auf den Tarifvertrag abgeschlos-sen worden ist, später aber, etwa bei der Lohnzahlung, der Arbeitnehmer bestreitet, bei Abschluß des Arbeitsvertrages den Willen gehabt zu haben, sich auf den Tarifvertrag zu berufen. Im allgemeinen wird man dann wohl doch eine Tarifbeteiligung des Arbeitnehmers als entstanden ansehen müssen, da der Arbeitgeber davor geschützt werden muß, daß ein Arbeitnehmer, je nachdem er sich günstiger stellt, die Tarifbeteiligung nach seinem Belieben in Anspruch nimmt.

72) LG. Altona v. 31. 10. 1921 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 485 f.
73) AG. Salzwedel v. 14. 5. 1928; Spruchpraxis, zum ländlichen Arbeitsrecht 1928, Nr. 34. — A. A. Erdel NZ. f. AR. 1922 Sp. 80; LAG. Elberfeld, v. 26. 9. 1927; Bensh. Samml. Bd. 1, LAG. Nr. 37; S. 119 ff.
74) RAG. v. 14. 3. 1928, Bensh. Samml. Bd. 2, Nr. 58, RAG. S. 191 = Potthoff, Rspr. 28, Nr. 2854.
75) LAG. Elberfeld, vgl. Anm. 73 = Potthoff, Rspr. 1928, Nr. 2237.

Ueber die Dauer der Tarifbeteiligung sagt das Gesetz wie oben[76] bereits festgestellt war, nichts. Die herrschende Lehre ist daher der Ansicht, daß die freiwillige Tarifbeteiligung jederzeit durch Kündigung des Arbeitsvertrages wieder aufgehoben werden kann, und entnimmt daraus ihr Hauptargument gegen die praktische Bedeutung der freiwilligen Beteiligung. Es ist nun nicht recht ersichtlich, warum hier ein Unterschied zwischen den notwendig und den freiwillig Beteiligten gemacht werden soll, zumal das Gesetz dafür keine Handhabe bietet.[77] Wenn die herrschende Lehre darin einig ist, daß bei den notwendig Beteiligten die Kündigung des Arbeitsvertrages bei gleichzeitigem Neuabschluß lediglich zum Zwecke der Gesetzesumgehung nicht geeignet ist, die Tarifbeteiligung zu beseitigen, so müssen dieselben Grundsätze auch für die freiwillig Beteiligten Anwendung finden. Ist die Beteiligung erst einmal entstanden, dann dauert sie mindestens bis zum Ablauf des Tarifvertrages fort; erst dann ist die Möglichkeit gegeben, durch Kündigung des Arbeitsvertrages die Unabdingbarkeit in dem neuen Arbeitsvertrag auszuschließen. Erfolgt jedoch keine Kündigung, so gilt die Tarifbeteiligung weiter; damit wirken aber auch etwa eintretende Veränderungen des Tarifvertrages auf den Arbeitsvertrag zwischen dem tarifgebundenen Arbeitgeber und dem freiwillig beteiligten Arbeitnehmer.[78] Somit sind sichere Grundlagen gewonnen, um im Einzelfall feststellen zu können, wann und wie lange ein bisher unbeteiligter Arbeitnehmer, der durch seine Berufung auf den Tarifvertrag zum Beteiligten geworden ist, als solcher zu behandeln ist.

2. Schutz der Unbeteiligten.

Im einzelnen sind nach dieser Untersuchung Unbeteiligte im tarifgebundenen Betriebe: 1. Arbeitnehmer vor ihrem Eintritt in eine vertragschließende Organisation, sowie die Mitglieder von Organisationen, die nicht Vertragspartei des Tarifvertrages sind, oder — wenn die Organisation später dem Tarifvertrag beitritt — vor deren Anschluß an den Tarifvertrag. 2. Ehemalige Mitglieder von vertragschließenden Organisationen, sobald ihre Tarifbeteiligung durch Kündi-

76) Vgl. oben S. 61 ff.
77) Vgl. oben S. 59.
78) a. A. RAG. v. 2. 7. 1928; Bensh. Samml. Bd. 3, RAG. Nr. 41, S. 142 = Rspr. in ArbS. 28, S. 385 = Potthoff, Rspr. 28, Nr. 3684.

gung des Arbeitsvertrages bei Ablauf des Tarifvertrages oder unter der Voraussetzung, daß keine Gesetzesumgehung vorliegt, erloschen ist. 3. Der nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer, der den Arbeitsvertrag nicht unter Berufung auf den Tarifvertrag abschließt.

Die rechtliche Lage dieser Unbeteiligten wird durch Bestimmungen in Tarifverträgen beeinflußt, die zum Teil den Zweck verfolgen, allein den Gewerkschaften die Vorteile des Tarifvertrages zu sichern, zum Teil durch Gleichstellung der Unbeteiligten mit den Beteiligten die Gefahr einer Unterbietung der tariflichen Lohnsätze ausschalten wollen. Vereinbaren die Tarifparteien, daß die tarifgebundenen Arbeitgeber entweder nur organisierte Arbeitnehmer (allgemeine Absperrungs- oder Organisationsklausel) oder nur Mitglieder bestimmter Vereinigungen (beschränkte Organisationsklausel) beschäftigen dürfen,[79] [80] so betrifft das zwar nicht unmittelbar die Unbeteiligten im tarifgebundenen Betriebe, denn eine Organisationsklausel will ja gerade verhindern, daß ein unbeteiligter Arbeitnehmer überhaupt in einem tarifgebundenen Betriebe beschäftigt wird; es ist aber trotzdem eine Erörterung derartiger Abmachungen der Tarifparteien nicht zu vermeiden, weil einmal der Fall eintreten kann, daß trotz der Tarifbestimmungen unbeteiligte Arbeitnehmer eingestellt sind, und weil ferner die Gültigkeit einer Vereinbarung, die die Beschäftigungsmöglichkeit der unbeteiligten Arbeitnehmer erheblich beschränkt, untersucht werden muß.

Die Gründe für die Aufnahme einer allgemeinen oder beschränkten Organisationsklausel[81] in einem Tarifvertrag

79) Die Bedeutung der Absperrklausel ist gegenüber den ersten Jahren nach Erlaß der TVVO. erheblich zurückgegangen, da Tarifverträge mit Organisationsklausel nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden. Da außerdem die Gefahr besteht, daß eine Absperrklausel sich auch gegen die Gewerkschaften auswirken kann, haben der Afabund und der Allgemeine Deutsche Gewerkschaftsbund 1920 den Beschluß gefaßt, sich jeder gewaltsamen Einwirkung auf Arbeitnehmer, um deren Beitritt zu erzwingen, zu enthalten. Nach Schneider bei Kaskel, Koalitionen, S. 92.

80) Von der Organisationsklausel werden also nicht nur die Unbeteiligten in dem eben festgestellten Umfange betroffen, sondern auch die Arbeitnehmer, die den Arbeitsvertrag unter Berufung auf den Tarifvertrag abschließen würden. Das bedeutet aber keine Erweiterung des Kreises der Unbeteiligten, sondern erklärt sich allein daraus, daß mit der Durchführung einer Absperrklausel eine freiwillige Beteiligung nicht praktisch werden kann.

81) Nolting-Hauff, NZ. f. AR. 1928, Sp. 462, erwähnt neben dieser obligatorischen Organisationsklausel noch die normative, d. h. eine in den Einzelarbeitsvertrag übergehende Tarifbestimmung, wonach der betreffende Arbeitnehmer innerhalb einer bestimmten Frist einer bestimmten Organisation beizutreten bezw. aus ihr auszuscheiden hat. Diese ist für rechtswidrig und daher nichtig zu halten. Vgl. auch weiter seine Unterscheidung von Organisations- und Tarifausschußklausel, ebenda, Sp. 463 ff.

sind naheliegend. Die Vereinigung wird die Früchte ihres Kampfes um günstige Arbeitsbedingungen nur ihren Mitgliedern zugute kommen lassen. Sie will möglichst viele Arbeitnehmer unter ihrem Banner vereinen, um mit ihren Forderungen die Wünsche möglichst vieler Einzelner zu vertreten. Das stärkste Mittel, ihre Mitgliederzahlen zu erhöhen, hat sie dann in der Hand, wenn sie nur ihren Mitgliedern die Arbeitsgelegenheit sichert und dadurch die Unorganisierten zwingt, sich einer Gewerkschaft anzuschließen. Dieser offen zugegebene Organisationszwang, der in jeder Absperrklausel verkörpert ist, hat den Streit über die Gültigkeit einer derartigen Abrede entfacht. Eine Einigung ist bisher in der Wissenschaft noch nicht erzielt worden und wird auch voraussichtlich bei dem derzeitigen Standpunkte der Gesetzgebung nicht zu erzielen sein. Namhafte Vertreter der Wissenschaft kämpfen für und wider die Organisationsklausel, und es ist wohl kein Grund unbeachtet gelassen, der geeignet erscheinen könnte, die Gegenseite zu schlagen.

Man geht indessen wohl nicht zu weit, wenn man behauptet, daß die heute herrschende Lehre sich gegen die Gültigkeit der Organisationsklausel ausspricht. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte ist grundsätzlich dieser Ansicht, wenn auch mit Einschränkungen, die beinahe die Annahme rechtfertigen, es sei hier eine vermittelnde Lösung angestrebt worden.[82]

In der Hauptsache wird die Ablehnung der Gültigkeit der Organisationsklausel aus den Art. 151—159 RV. begründet; denn Art. 159 RV. gewährleistet nicht nur das Recht, einer Vereinigung beizutreten, sondern auch ihr fern zu bleibei.[83] Wenn diese Bestimmungen der Reichsverfassung sub-

82) Vgl. unten insbes. Anm. 46. Hierher könnte man auch diejenigen rechnen, die grundsätzlich die Organisationsklausel für gerechtfertigt halten, es aber dann von der Prüfung im Einzelfalle abhängig machen, ob eine bestimmte Organisationsklausel zulässig ist oder nicht Z. B. Sinzheimer JW. 1921, S. 304 ff.; Baum, NZ. f. AR. 1922, Sp. 23 ff.; Hueck, Handb. III, S. 26 ff.; vgl. auch folgende Anmerkung.

83) Kaskel, ArbR. § 77, IV, A 1, S. 279; Jacobi, Grundlehren § 7, I, S. 96 u. Anm. 5; Gätcke, Vereinigungsrecht, S. 27 ff.; Groh, Koalitionsrecht S. 42 ff.; Melsbach, DArbR. S. 126 zu A, 2; Oertmann, ArbVertrR., S. 14; Gauß, JW. 1921, S. 521 ff.; Bühler, NZ. f. AR. 1922, S. 157 ff. Dersch, ebenda, 1926, Sp. 449 ff.; Goerrig, SchlW. 1923, S. 1 ff.; Nolting-Hauff, NZ. f. AR. 1928, Sp. 467 ff. mit teilweise anderer Begründung; Zimmermann, Soziale Praxis, Bd. 31, Sp. 145 ff.; OLG. Jena v. 3. 11. 1922; RArbBl. 1924, Amtl. T. S. 184; OVG. Hamburg v 12. 7. 1927; RArbBl. 1927, Amtl. T. S. 410 u. Vorentscheidung des VG. Hamburg v. 11. 4. 1927, RArbBl. 1927, S. 192 ff.

A. A. Biensfeldt, NZ. f. AR. 1923, Sp. 533 und RArbBl. 1921, NAT. S. 763 ff.; Müller, ebenda, S. 984 ff.; Flatow, BetrRäteGes. zu § 66 Ziff. 6, Anm. 4, S. 262

jektives öffentliches Recht für den Einzelnen schaffen,[84] dann folgt sowohl aus verfassungsrechtlichen wie aus sozialpolitischen Erwägungen,[85] daß irgendwie geartete Abspeerrklauseln unzulässig sind. Wenn auch Art. 159 RV. nicht ausdrücklich die negative Koalitionsfreiheit erwähnt, so folgt sie doch ohne weiteres einmal daraus, daß der Einzelne immer gezwungen wäre, unter den bereits bestehenden Vereinigungen zu wählen. Ein Zwang, einer Koalition beizutreten, würde aber auf jeden Fall eine Beschränkung in der Auswahl sein, zumal der Kreis der in Betracht kommenden Vereinigungen durch besondere Umstände, wie Nichtanerkennung kleinerer Gewerkschaften durch bestimmte führende, oder Vorhandensein nur gewisser Organisationen in bestimmten Bezirken häufig so beschränkt ist, daß es sich um den Zwang zum Eintritt in eine ganz bestimmte Gewerkschaft handelt.[86] Weiter ist in diesem Zusammenhang der Gedanke bedeutsam, daß gerade in der Gewährleistung eines Vereinigungsrechtes das Recht des einzelnen, sich nicht so organisieren, ebenso geschützt sein muß.[87] Das folgt schließlich auch aus der Gleichberechtigung aller, obwohl gerade hierin eine Stütze für die Organisationsklausel gesucht wird. Potthoff[88] kommt von dem Gedanken, daß die gesetzliche Anerkennung der Gewerkschaften die Geleichberechtigung der Arbeitnehmer mit den Arbeitgebern erstrebe, zu dem Schluß, daß im Gegensatz zu § 152 GewO., der „den Schutz der einzelnen gegen die Koalition bedeutete", Art. 159 RV. „die Gemeinschaft gegen die Beeinträchtigung durch den einzelnen" schützen müsse. Eine derartige Auslegung heißt aber dem Gesetz Zwang antun.

---

und zu § 85 Anm. 6, S. 362 ff.; Kurlbaum, bei Kaskel, Koalition. S. 78 ff., insbes. S. 86; LAG. Frankfurt a. M. v. 13. 9. 1928; Schl.W. 1928, S. 405 = Potthoff, Rspr. 1928, Nr. 3895.

84) Dersch, NZ. f. AR. 1926, Sp. 463. Vor allem Bühler, ebenda, 1922, Sp. 158 gegen Baum ebenda, S. 27; a. A. auch Potthoff, Einwirkung der Reichsverfassung, S. 28 zu b; Giese, NZ. f. AR. 1923, Sp. 212, 219, der den Art. 159 RV. nur als direktive Bestimmung auffassen will. Wenn man schon in dem „Gewährleisten" der Vereinigungsfreiheit nur eine programmatische Vorschrift sehen wollte, etwa in dem Sinne, daß kein Gesetz gegen die Vereinigungsfreiheit erlassen werden soll, so geht doch aus der Regelung des Art. 159 Satz 2 RV. hervor, daß diese Bestimmung „aktuelles Recht" schafft, denn sonst hätten nicht entgegenstehende „Abreden", d. h. Parteivereinbarungen für rechtswidrig erklärt werden können.

85) Nach Biensfeldt NZ. f. AR. 1923, Sp. 538 „muß" man sich auf verfassungsrechtliche Erwägungen beschränken. Ein Grund dafür wird nicht angegeben, ist auch nicht recht einzusehen.

86) Kaskel, aaO. S. 279.

87) Bühler, aaO. Sp. 161.

88) Potthoff, Einwirkung der RV. S. 10 f. und ArbR. 1925, Sp. 466.

Es soll hier davon abgesehen werden, jeden Konstruktionsversuch im einzelnen darzustellen, und die von der Gegenseite vorgebrachten Gründe zu widerlegen, zumal deren Mängel häufig leicht erkennbar sind. So z. B., wenn Biensfeldt[89] den von ihm selbst als beachtlich bezeichneten Einwurf Gätckes[90], der nachweist, daß Art. 159 RV. keine Ausnahme von Art. 118, Abs. 1 RV. zugunsten der Organisationsklausel enthält, mit dem Hinweis entkräften will, daß Art. 118 Abs. I nur „innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze" das Recht der freien Meinungsäußerung verleihe, die vorliegende Verfassungsbestimmung also auch in den Vereinbarungen eines Dienstvertrages „unter Umständen ihre Schranken" finde. Wenn Verfassungsbestimmungen in privaten Vereinbarungen ihre Grenze finden, dann könnten sie auch durch diese abgeändert werden.

Zu Unrecht wird auch versucht, die Gültigkeit der Organisationsklausel aus dem geltenden Tarifrecht abzuleiten.[91] Richtig ist, daß das moderne Tarifrecht auf dem Grundgedanken einer kollektiven Regelung als der günstigsten Lösung bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen aufgebaut ist. Richtig ist auch, daß auf Arbeitnehmerseite nur die Gewerkschaften als Vertragspartei des Tarifvertrages in Frage kommen, aber doch nicht etwa nur deshalb, weil sie bevorzugt werden sollten. Das ergab sich vielmehr aus den tatsächlichen Umständen. Sollte der Tarifvertrag die Arbeitsvertragsverhältnisse möglichst vieler Arbeitnehmer regeln und zwar im Wege der freien Vereinbarung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern, so mußte man als Vertragspartei auf Arbeitnehmerseite die Vertretung einer Mehrzahl von Arbeitnehmern schaffen. Diese wäre nun entweder ad hoc zu bilden gewesen, oder aber man hätte auf die bestehenden Arbeitnehmervereinigungen zurückgreifen müssen. Das Gesetz hat diesen letzteren Weg gewählt und die Gewerkschaften als „Vereinigungen von Arbeitnehmern", soweit sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen, als Partei der Arbeitnehmerseite beim Abschluß von Tarifverträgen anerkannt. Das Gesetz hat sich aber nicht darauf festgelegt, nur die Ge-

89) Biensfeldt, aaO. Sp. 539, dem sich Kurlbaum bei Kaskel, Koalitionen, S. 86, anschließt.
90) Gätcke, aaO.
91) Vgl. insbes. Biensfeldt, aaO. Sp. 540; dagegen Nolting-Hauff, NZ. f. AR. 1928, Sp. 465 ff.

werkschaften als Tarifpartei zuzulassen, sondern verlangt lediglich Vereinigungen von Arbeitnehmern, sodaß z. B. auch die Belegschaft eines Betriebes Tarifvertragspartei werden kann. Die Möglichkeit einer freiwilligen Beteiligung durch Berufung auf den Tarifvertrag und das grundsätzliche Festhalten am Arbeitsvertrage als der Grundlage für die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern beweisen, daß das Gesetz kein Gewerkschaftsmonopol schaffen wollte. Hätte es das beabsichtigt, dann hätte es andere Wege gehen müssen.

Auch aus der Allgemeinverbindlichkeitserklärung kann nicht die Berechtigung der Organisationsklausel gefolgert werden. Gewiß wird hier das Interesse des einzelnen dem der Gesamtheit hintangestellt. Das ist aber noch nicht gleichbedeutend mit dem Interesse der Gewerkschaften. Wenn ein Tarifvertrag unter den bestimmten Voraussetzungen für allgemeinverbindlich erklärt ist, dann soll damit der Gesamtwirtschaft, dem Volke, Arbeitgebern wie Arbeitnehmern, gedient werden. Das folgt schon daraus, daß die Verbindlichkeitserklärung nur in den Fällen der überwiegenden Bedeutung eines Tarifvertrages „für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen des Berufskreises in dem Tarifgebiet" erfolgen kann. Die Organisationsklausel dient aber lediglich dem Zwecke, die Macht der Gewerkschaften zu stärken, kann unter Umständen damit sogar die Staatssicherheit und die friedliche Wirtschaftsentwicklung gefährden.

Aus diesem Gesichtspunkte heraus muß auch die Einstellung der Gerichte zu der Organisationsklausel in gewissem Sinn als bedenklich erachtet werden. Das klassische Urteil über die Absperrungsklausel ist das des Reichsgerichts vom 6. 4. 1922.[92] Das Reichsgericht leitet das Recht, keiner Organisation beizutreten, aus der freien Willensbestimmung des einzelnen her. Es läßt dahingestellt, ob durch Art. 159 RV. auch die negative Koalitionsfreiheit gewährleistet wird, kommt aber zu dem Schluß, daß ein Organisationszwang keinesfalls anzunehmen sei, da die Reichsverfassung dazu keine Handhabe biete, auch machten TVVO. und BRG.

92) Der „Fall Abel": „RGZ. Bd. 104, S. 327 ff. = RABl. 1922, AT. S. 428 = NZ. f. AR. 1922, Sp. 514 f. = JW. 1924, S. 1015 = Gew.u.Kfm.Ger., Bd. 27, S. 248 f, = Potthoff, Rspr. 14/27 Nr. 577; vgl. dazu Dersch, NZ. f. AR. 1926, Sp. 451 ff. u. Rspr. d. RG. z. ArbR. Bd. 1, S. 213. — KG. v. 4. 7. 1921, NZ. f. AR. 1921, Sp. 505 ff, = Potthoff. Rspr. 14/27 Nr. 576; OLG. Jena v. 6. 11. 1922, NZ. f. AR. 1924, Sp. 501 = RABl. 1924 AT. S. 184.

keinen Unterschied zwischen Organisierten und Unorganisierten.[93] Insoweit wäre dem Reichsgericht zuzustimmen. Nun aber erkennt das Reichsgericht an, daß die Gewerkschaften, die sich möglichst stark ausbauen müssen, um in dem Interessenkampfe die Oberhand zu gewinnen, vor den entgegenstehenden Interessen Dritter nicht zurückzuschrecken brauchen und, wenn auch nur durch erlaubte Mittel und nicht gegen die guten Sitten einen gewissen Druck auf ihre Gegner ausüben dürfen.[94] Unter Verweisung auf die über den Boykott entwickelte Rechtsprechung wird eine Maßnahme zur Ueberwindung des Gegners, wie sie die Organisationsklausel darstellt, nur dann als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen, „wenn die angewandten Mittel an sich unsittlich sind, oder wenn der dem Gegner zugefügte Nachteil so erheblich ist, daß dessen wirtschaftliche Vernichtung herbeigeführt wird, oder der dem Gegner erwachsende Nachteil zu dem erstrebten Vorteil in keinem Verhältnis steht."

Selbst wenn man mit Bühler[95] von der Notwendigkeit von gewissen — wenn auch nicht unbegrenzten — Einschränkungen überzeugt wäre, so wäre es doch bedenklich, mit dem Reichsgericht die Rechtsprechung über den Boykott auf die Organisationsklausel anzuwenden. Gewiß soll den Gewerkschaften das Recht nicht bestritten werden, die entgegenstehenden Interessen Dritter zu überwinden. Doch dürften andere Mittel gegeben sein, um den Gegner davon zu überzeugen, daß er seine Interessen besser in der Organisation vertreten fände. Die Organisationsklausel, wie sie das Reichsgericht zulassen will, bewahrt den Arbeitnehmer zwar theoretisch davor, überhaupt keine Arbeitsgelegenheit zu finden, aber sie zwingt ihn praktisch meist in kleinere Betriebe, wo er wirtschaftlich oft schlechter gestellt ist. Man denke z. B. an einen Konzern, in dessen einzelnen Betrieben ein Tarifvertrag mit Absperrklausel gilt. Eine ausgedehnte Wohlfahrtspflege schafft den Arbeitnehmern eines solchen Konzerns eine Reihe von Vorteilen, die ein kleinerer Betrieb nimmermehr bieten kann. Es würde wenig dem Geiste moderner Sozialpolitik entsprechen, wollte man hier sagen, diese Vergünstigung stehe nur den Mitgliedern der vertragschließen-

93) Die Berufung auf §§ 81, 78, 8 BRG. ist nicht unbedenklich. Vgl. Biensfeldt, aaO. Sp. 536 f.; auch Kaskel, AR. S. 279.
94) Schärfer formuliert im Urteil vom 2. 7. 1925, RGZ. Bd. 111, S. 199.
95) Bühler aaO.

den Gewerkschaften zu, „Außenseiter" mögen nur in anderen Betrieben unterkommen. Weitere Beispiele, aus denen sich ergibt, daß „wirtschaftliche Vernichtung" in diesen Fällen ein zu enggefaßter Begriff ist, wenn man nicht darunter auch schon die erhebliche Beschränkung in der Auswahl der Arbeitsstelle fassen will, ließen sich leicht erbringen.[96]

Der Organisationszwang tritt nun nicht nur in der Form eines Beschäftigungsverbotes auf, sondern wird gewissermaßen auch indirekt ausgeübt in Vereinbarungen, die Nolting-Hauff als Tarifausschlußklausel[97] bezeichnen will. Nolting-Hauff hält die Verpflichtung des Arbeitgebers, „Unorganisierten die Vorteile des Tarifvertrages nicht zugute kommen zu lassen (engere Tarifausschlußklausel)", wie auch eine Vereinbarung, „sowohl Unorganisierte als auch Andersorganisierte von den Vergünstigungen des Tarifvertrages fernzuhalten und mit anderen Organisationen weder einen Tarifvertrag abzuschließen, noch ihren Beitritt zu dem bestehenden Tarifvertrag zuzulassen (weitere Tarifausschlußklausel)" für rechtswirksam. Die Abgrenzung der beiden Fälle voneinander ist nicht ganz klar, da nicht ersichtlich ist, inwiefern der zur weiteren Tarifausschlußklausel gerechnete Ausschluß der nicht- oder andersorganisierten Arbeitnehmer nicht schon in der engeren Tarifausschlußklausel einbegriffen ist. Werden derartige Vereinbarungen lediglich innerhalb der Verbände getroffen, so müssen sie für rechtswirksam gehalten werden, da keine gesetzliche Möglichkeit gegeben ist, rein interne Verbandsbeschlüsse für unwirksam zu erklären. Vereinbaren jedoch die Tarifparteien bei Abschluß eines Tarifvertrages etwas Derartiges, dann ist das lediglich als eine anders ausgedrückte Organisationsklausel anzusehen, die nach den obigen Ausführungen rechtsunwirksam ist.

Im Zusammenhange mit der Organisationsklausel ist die Rechtsprechung zu erwähnen, die dem Unbeteiligten, der auf den Druck seiner organisierten Arbeitskollegen entlassen wird, einen Schadensersatzanspruch gewährt, und damit einen Schutz des Unbeteiligten bedeutet. Die Rechtsgrundlage dafür ist in der Bestimmung des § 826 BGB. gegeben. Es

96) Ueber die Ablehnung, die die Rspr. d. RG. auch bei Anhängern der Organisationsklausel gefunden hat, vgl. Potthoff, Einwirkung der Reichsverfassung, S. 14 ff. AR. 1925, Sp. 220; Biensfeldt, NZ. f. AR. 1923, Sp. 541 ff. und HansRechtsZ. 1923, Sp. 235.

97) Nolting-Hauff, NZ. f. AR. 1928, Sp. 474 ff.

genügt der Hinweis auf die sehr reichlich veröffentlichte Rechtsprechung, da es im Einzelfalle nur darauf ankommt, die Voraussetzungen des § 826 BGB. zu prüfen.[98]

Die Bestimmungen der Tarifverträge, die den Außenseiter von vornherein den Tarifbeteiligten gleichstellen wollen, indem sie die tarifliche Entlohnung aller Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf eine notwendige Tarifbeteiligung vorsehen, sind zwar unbedenklich als gültig zu erachten, geben aber dem Arbeitnehmer ohne weiteres kein klagbares Recht auf die tarifliche Leistung.[99] Derartige Bestimmungen sind ebenso wie die Organisationsklausel Bestandteile des obligatorischen Teiles, gehen also nicht in die Einzelarbeitsverträge über, sondern binden nur das einzelne Mitglied an die von seiner Organisation getroffene Vereinbarung. Einer solchen Tarifbestimmung würde nun am ehesten Genüge getan, wenn der Arbeitnehmer durch eine Berufung auf den Tarifvertrag auch von sich aus die notwendige Gewähr für die Anwendung des Tarifvertrages auf seinen Arbeitsvertrag böte. Jedenfalls begründet die Tarifbestimmung eine Vermutung für den Abschluß des Arbeitsvertrages unter Berufung auf den Tarifvertrag, sodaß der Arbeitnehmer im Zweifel als Beteiligter anzusehen ist. Nur in den Fällen, in denen ausdrücklich die freiwillige Tarifbeteiligung ausgeschlossen ist, hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, sich der Unabdingbarkeit des Tarifvertrages zu entziehen.

IV. Der Unbeteiligte beim Vorliegen eines gesetzmäßigen Tarifvertrages.

Nachdem also nunmehr der Kreis der unbeteiligten Arbeitnehmer abgegrenzt und festgestellt ist, daß tarifliche Vereinbarungen über die „Außenseiter" diese nicht oder nur mittelbar berühren, ist auf die rechtliche Stellung der Unbeteiligten in einem Betriebe, der durch einen gesetzmäßigen,

98) Im folgenden nur zitiert nach Potthoff Rspr., wo die Quellen im einzelnen näher zitiert sind. Rspr. 14/27; Nr. 1385; 1677; 1678; 1679, 1679 a—d, g—i, l, m, n, p, q; 1836; 2064; 2099 e; (= 1679 l), Rspr. 28, Nr. 644, 2653, 2654, 2656, 2657; 3514; 3515; 3896; sowie Goerrig, AR. in der Praxis, Bd. II, 121, Bd. III, S. 131, Bd. IV, S. 158, 177; Bd. V. S. 352; vgl. ferner Dersch, NZ. f. AR. 1926, Sp. 465; Rspr. d. RG. z. ArbR., Bd. I, S. 238 ff.; Bd. II, S. 107 ff.; Potthoff, ArbR, 1925, Sp. 723 ff.; 1926, Sp. 790 ff.; Fränkel, ebenda, Sp. 355 ff.; auch Sinzheimer, Vortrag über das zukünftige Arbeitsrecht, S. 10.

99) Kaskel, ArbR. § 6, V A 2 b S. 47, der richtig mit einer solchen Bestimmung „im Zweifel nicht die Besserstellung der Außenseiter, sondern die Verhinderung einer Benachteiligung der eigenen Verbandsmitglieder" bezweckt sehen will.

d. h. den Erfordernissen des § 1 Abs. 1 TVVO. entsprechenden Tarifvertrag gebunden ist, einzugehen. Ist zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Einzelarbeitsvertrag geschlossen, in dem die Arbeitsbedingungen im einzelnen vereinbart sind, dann ist die Rechtslage ohne weiteres klar. Der Arbeitsvertrag ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen die Grundlage für die rechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien.

Wenn dagegen bei dem Abschluß des Arbeitsvertrages ausdrücklich die Geltung des Tarifvertrages ausgeschlossen oder aus irgendwelchen Umständen ein dahingehender Parteiwille anzunehmen ist, ohne daß es jedoch zu einer Vereinbarung der Arbeitsbedingungen gekommen wäre, dann gelten natürlich die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen in Verbindung mit der Arbeitsordnung oder sonstigen Betriebsvereinbarungen. Damit ist aber nicht viel mehr als die juristische Behandlung des Arbeitsvertrages gesichert. Wie die Arbeitsbedingungen im einzelnen geregelt sein sollen, können die Bestimmungen des BGB. nicht angeben, da sie ja notwendig keine konkreten Vorschriften, etwa über Lohnhöhe oder Urlaubsgewährung geben können. Vor Erlaß der TVVO. nahmen die Gewerbegerichte in solchen Fällen häufig eine Tarifangehörigkeit des Arbeitnehmers an und legten dem Einzelarbeitsvertrag den in dem betreffenden Betriebe geltenden Tarifvertrag zugrunde. Diese Rechtsprechung läßt sich nicht mehr aufrecht erhalten,[1] da die TVVO. den Kreis der Beteiligten fest umgrenzt hat, der unbeteiligte Arbeitnehmer also keinesfalls dem Tarifvertrag untersteht.[2] Da nun hier angenommen worden ist, daß der Fall einer freiwilligen Tarifbeteiligung nicht vorliegt, der Inhalt des Tarifvertrages also nicht zur Anwendung kommen kann und andererseits die Arbeitsbedingungen im einzelnen nicht vereinbart sind, muß auf allgemeine gesetzliche Bestimmungen zurückgegriffen werden, um Anhaltspunkte für die Feststellung des Inhalts des Arbeitsvertrages zu finden.

Nach der obigen[3] Erörterung über den Arbeitsvertrag wird im allgemeinen „abhängige Arbeit" nur gegen Entgelt

1) GewGer. Hamburg v. 7. 1. 1920; Gew.Kfm.Ger. Bd. 25, Sp. 171 = Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 497 a und v. 7. 1. 1921, Gew.Ger. Stavenhagen v. 7. 7. 1921; nach Meissinger NZ. f. AR, 1927, Sp, 667 ff.

2) Verschiedentlich noch besonders betont! Vgl. statt weiterer Nachweise: Potthoff, Rspr., 14/27, Nr. 416 u. 498. (Gew.Ger. Velbert.)

3) Vgl. oben S. 14.

geleistet. Wenn nun eine Vergütung weder ausdrücklich vereinbart noch aus den Umständen zu entnehmen ist, dann sind die Voraussetzungen des § 612 Abs. 2 BGB. gegeben, und es ist, da eine taxmäßige Vergütung hier nie praktisch wird, die üblich e Vergütung als vereinbart anzusehen. Es liegt nun nichts näher, als den für den Betrieb bereits geltenden Tarifvertrag als „übliche Vergütung" im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung zu verstehen; denn dieser Tarifvertrag wird in den besonderen Verhältnissen der Betriebe, die er erfaßt, wegen der Beschränkung seines fachlichen und räumlichen Geltungsbereiches besser gerecht, als irgend eine anderweitige Regelung, die als ortsüblich angesehen werden könnte. Praktisch wird also hier auch wieder der tarifgemäße Zustand zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hergestellt, jedoch mit dem Unterschied, daß damit nicht etwa eine Tarifbeteiligung im technischen Sinne geschaffen würde. Es handelt sich hier vielmehr um eine rein privatrechtliche Vereinbarung, die eben nur deshalb tarifmäßigen Inhalt hat, weil der Tarifvertrag die ortsübliche Regelung bietet. Es ist den Parteien unbenommen, jederzeit den zwischen ihnen geschlossenen Arbeitsvertrag abzudingen;[4] diese Regelung dürfte auch grundsätzlich nach den obigen[5] Erwägungen über die Auslegung der TVVO. entsprechen, ohne jedoch dem richterlichen Ermessen, dem hier gerade eine hervorragende Bedeutung zukommt, enge Schranken ziehen zu wollen. Schwierigkeiten sieht Meissinger[6] im Falle der Nachwirkung von Tarifverträgen und betrachtet es als selbstverständlich, daß man „auf abgelaufenen Tarifverträgen in der Frage der Ortsüblichkeit nicht in gleicher Weise aufbauen darf, wie auf

4) Wie hier Meissinger, NZ. f. AR. 1927, Sp. 669; Kallée-Groß, Taschenbuch, S. 83, Anm. 1 letzter Abs., beide auch für das hier nicht zu erörternde Problem der Ortsüblichkeit in nicht tarifgebundenem Betriebe; sowie Potthoff, Rspr. 14/27, Nr. 497; vgl. ferner, Kaskel, ArbR. § 26, II, S. 108; § 31 C, S. 122; Sitzler, TR. zu § 2 TVVO. Anm. 2 S. 24; Staudinger-Nipperdey, zu § 612, IV 3, S. 810; Hanna Katz, Lücken, S. 147. Scheinbar gleicher Ansicht: Erdmann, Arbeitszeitnotgesetz zu § 5 Anm. 3, S. 66; Erdmann konstruiert zu Unrecht eine „Verbindlichkeit" des Tarifvertrages, die praktisch eine weitere Form der Tarifbeteiligung darstellen würde.
Vgl. ferner: AG. Andernach v. 1. 3. 1921; AG. Steinbach-Hallenberg, v. 9. 5. 1921; Entsch. d. SchlAussch. Gr.-Berlin v. 20. 4. 1921, des SchlAussch. Düsseldorf v. 18. 8. 1920 (MittBl. d. SchlAussch. d Rhein.-Westf. Schlichtungsbezirks, 1. Jahrg. Nr. 6/7 v. 17. 12. 1920); Entsch. d. Demobilmachungs-Kommissars Barmen v. 21. 5. 1921 (ebenda Nr. 7 v. 1. 2. 1921); sämtlich nach Erdmann, aaO. S. 66.
Ueber den Tarifvertrag als Usance, vgl. die in der Formulierung sehr anfechtbaren Ausführungen Sinzheimers: Grundzüge S. 52 und Korporativer Arbeitsnormenvertrag II, S. 21 ff.
5) Vgl. oben S. 56 ff.
6) Meissinger, aaO. Sp. 670 f.

noch bestehenden". In den Fällen, wo die Unmöglichkeit sich erheblichen Schwankungen der Wirtschaftskurse anzupassen, einen Tarifvertrag zu Fall gebracht hat, will Meissinger als übliche Vergütung die Lohnsätze eines abgelaufenen Tarifvertrages nicht anwenden, da eine solche Entlohnung dem Arbeitnehmer oder eine solche Bezahlung dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden könne. Hier dürfte sich Meissinger in der Auslegung zu sehr an den Gesetzestext gehalten haben, indem er unter „üblicher Vergütung" nur die Lohnsätze des Tarifes verstanden hat. Der Sinn der Bestimmung geht aber doch wohl dahin, daß man sagt, nicht die abstrakte Regelung — die eben nur nach Ablauf eines Tarifvertrages als krasse Abstraktion auftreten kann — ist maßgebend, sondern die Gestaltung der Lohnsätze der übrigen Arbeitnehmer. Wirkt der Tarifvertrag bei den ursprünglich Beteiligten nach, so ist er auch für die Unbeteiligten in seinen Lohnsätzen ortsübliche Vergütung. Hat dagegen die Nachwirkung aus irgendeinem Grunde aufgehört, so ist eben die jeweils für die Beteiligten geltende Lohnabmachung der Lohnberechnung der Unbeteiligten zugrunde zu legen.

Gleiche Grundsätze wird man bei der Frage anwenden müssen, ob dem unbeteiligten Arbeitnehmer gemäß § 616 BGB. ein Recht auf Lohnzahlung bei unverschuldeter Arbeitsversäumnis zuzubilligen ist. Meissinger weist[7] mit Recht darauf hin, daß diese Bestimmung des § 616 BGB. im Gegensatz zu der des § 612 Abs. 2 in Verbindung mit § 611 BGB. „ein, wenn auch abdingbares Recht schafft, wo sonst ein Recht nicht gegeben wäre". Ist nun in dem Tarifvertrag des Betriebes, in dem ein Unbeteiligter beschäftigt wird, § 616 BGB. nicht ausgeschlossen,[8] dann wird das auch für den Unbeteiligten zu gelten haben. Ein Ausschluß des § 616 müßte ausdrücklich vereinbart sein.

Sehr fraglich ist dagegen, ob die im Tarifvertrag getroffene Urlaubsregelung auch für die unbeteiligten Arbeitnehmer zu gelten hat. Einen gesetzlichen Anspruch auf Urlaub hat der Arbeitnehmer, wenn man von der „Beurlaubung" zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte absieht, nicht.

7) Meissinger, asO. Sp. 671 f zu b; vgl. auch Osthues, im SchlW. 1922, S. 220 f. und die S. 221 zitierte Rspr.

8) Enthält also der Tarifvertrag nicht die häufig vorkommende Bestimmung, daß nur die Zeit bezahlt wird, in der wirklich gearbeitet worden ist. Vgl. dazu GewGer. Nürnberg, v. 30. 5. 1921, NZ. f. AR. 1922, Sp. 53 = Gew.u.Kfm.Ger. Bd, 26, S, 236,

Urlaub kann also nur durch gesamt- oder einzelvertragliche Vereinbarung gewährt werden. Ist nun bei einem Unbeteiligten diese Frage weder ausdrücklich noch stillschweigend geregelt, enthält aber der Tarifvertrag eine entsprechende Abmachung, so will Meissinger[9] trotzdem dem Unbeteiligten keinen Urlaubsanspruch geben und zwar, weil eben dafür im Gegensatz zu den Fällen der §§ 612 Abs. 2, 611 und 616 BGB. keine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Er macht gewissermaßen den Arbeitnehmer für die Vereinbarung des Urlaubs verantwortlich, wenn er sagt, wer nicht als Beteiligter aus dem Tarifvertrag Urlaubsansprüche hat, „muß sich in seinem Einzelvertrag entsprechende Grundlagen schaffen".[10] Damit wird aber wohl dem Arbeitnehmer zu viel zugemutet, zumal er in der Praxis häufig gar keine Gelegenheit hat, derartige Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber zu treffen. Spielt sich doch oft genug der Abschluß eines Arbeitsvertrages in denselben Formen ab, wie etwa ein Barkauf. Der Arbeitnehmer wird eingestellt — in diesem Fall unter Ausschluß der Geltung des Tarifvertrages — damit ist die rechtliche Erörterung beendet. Gewiß kann der Arbeitnehmer auf eine Klarstellung aller den Arbeitsvertrag betreffenden Fragen drängen, er wird es aber in den seltensten Fällen tun. Soll man nun daraus einen Verzicht auf Urlaub ableiten, auch wenn die Konstruktion juristisch einwandfrei ist? Als billig kann man das Ergebnis sicher nicht hinstellen. Man wird auch hier eine Angleichung der Rechtslage der Unbeteiligten an die der Beteiligten erstreben müssen. Die Möglichkeit dafür ist im § 612 Abs. 2 BGB. gegeben, denn der Urlaub ist eine Form der Entlohnung und zwar ein neben dem Grundlohn zusätzlich gewährter Sachlohn. Die Lehre faßt den Urlaub nur als eine „Nebenpflicht" des Arbeitgebers auf, ohne jedoch mit dieser Einteilung dem Wesen des Urlaubs gerecht zu werden. Wenn man überhaupt von „Nebenpflichten" reden will, so dürften sie in der Verpflichtung zur sozialen Fürsorge, zur Beschaffung des Arbeitssubstrates, zum Ersatz von Aufwendungen und zur Erfüllung der Pflichten aus der Sozialversicherung erschöpft sein.[11] Legt man die Kaskelsche Definition[12], „Sachlohn (Naturallohn) ist jede Art

9) Meissinger, aaO. Sp. 672 ff.
10) Meissinger, aaO. Sp. 673.
11) Nach Kaskel, Arbeitsrecht, § 35, S. 155.
12) Kaskel, aaO. § 32, S. 133.

der Vergütung, die nicht Geldlohn ist", zugrunde, so fällt der Urlaub darunter, denn er ist Lohn, d. h. die Gewährung eines Vermögensvorteiles und besteht nicht in Geld. Der Urlaub erscheint ebenso wie die bekannten Arten des Naturallohnes in der Form eines anderen Rechtsgeschäftes, nämlich als Verzicht. Der Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer läuft mit allen Rechten und Pflichten der Parteien; insbesondere ist der Arbeitgeber zur Zahlung des Geldlohnes verpflichtet, nur verzichtet er für eine bestimmte, vertraglich festgelegte Zeit auf die Dienstleistung des Arbeitnehmers. Die beschränkte Zulässigkeit des Sachlohnes wegen der Bestimmung des § 115 Gew.O. greift hier nicht Platz, da der in Form eines Urlaubs gewährte Sachlohn nur ein zusätzliches Entgelt ist. Faßt man aber den Urlaub als Entgelt auf, dann ist die Uebernahme der Urlaubsregelung aus einem Tarifvertrag in die Arbeitsverträge der Unbeteiligten mit Hilfe des § 612 Abs. 2 BGB. gegeben. Für die Nachwirkung des Tarifvertrages sind dann die oben erörterten Grundsätze anzuwenden, ohne daß es zu den Schwierigkeiten käme, die die Meissingersche Konstruktion notwendig zur Folge haben muß. Eine Rechtsprechung, die dem unbeteiligten Arbeitnehmer einen Urlaubsanspruch nicht gewähren wollte, trotzdem er in dem Tarifvertrag, der als ortsübliche Regelung in Frage kommt, vorgesehen ist, könnte nicht gebilligt werden und wäre auch geeignet, im unbeteiligten Arbeitnehmer das Gefühl ungenügenden Schutzes durch die Gerichte hervorzurufen, andererseits aber auch den Organisationen ein wirksames Werbemittel, das an praktischer Bedeutung einem Organisationszwange nicht nachsteht, in die Hand zu geben.

Die Anwendung eines Tarifvertrages auf das Arbeitsvertragsverhältnis eines Unbeteiligten hat aber ihre Grenzen bei der Uebernahme der Arbeitszeitbestimmung. Insoweit nämlich in einem Tarifvertrag gemäß § 5 Arbeitszeit-Notgesetzes[13] eine den Achtstundentag überschreitende Arbeitszeit vereinbart ist, sind nur die „Arbeitnehmer, für die der Tarifvertrag verbindlich ist", d. h. die Beteiligten, an diese

13) Es ist hier nur die Rede von solchen Arbeitnehmern, die dem Arbeitszeitnotgesetz unterfallen. Vgl. dazu die Aufzählung der Ausnahmen bei Erdmann, Arbeitszeitnotgesetz zu § 1 Anm. 1, S. 33 ff.; vgl. zu dem folgenden auch Potthoff, NZ. f. AR. 1927, Sp. 87 (zur Arbeitszeitverordnung v. 1923) und ebenda 1928, Sp. 736 ff., der jedoch nicht ausdrücklich zu dem hier erörterten Problem Stellung nimmt.

Regelung gebunden. Nach dem Wortlaut des Arbeitszeit-Notgesetzes ist die Vereinbarung einer längeren Arbeitszeit nur durch Tarifvertrag möglich und kann nie in einer Betriebsvereinbarung oder gar in einem Einzelarbeitsvertrag getroffen werden. Daraus allein folgt schon, daß der Uebergang der Arbeitszeitbestimmungen aus einem Tarifvertrag, soweit sie den Normalarbeitsvertrag übersteigen, auf die Beteiligten beschränkt ist. Es ergibt sich aber auch weiter aus dem Sinn des Arbeitszeitnotgesetzes und dem Wesen der Ortsüblichkeit, daß eine andere Entscheidung nicht getroffen werden kann. Die Abwägung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen hat zu der Lösung geführt, grundsätzlich den Achtstundentag als Normalarbeitstag beizubehalten, andererseits aber „die Möglichkeit der tariflichen oder gesetzlichen Ueberschreitung der jetzigen Arbeitszeit im Interesse einer volkswirtschaftlich notwendigen Steigerung und Verbilligung der Produktion vorzusehen".[14] Das bedeutet aber, daß bei der Ueberschreitung des Achtstundentages das Wohl und der Wille der Arbeitnehmer entscheidend berücksichtigt werden soll. Daher kann es nicht dem einzelnen überlassen werden, durch Vertrag die Arbeitszeit zu verlängern. Damit ist gleichzeitig festgestellt, daß die tarifliche Vereinbarung der Ueberschreitung des Achtstundentages als Ausnahmeerscheinung niemals eine ortsübliche Regelung der Arbeitszeit darstellen kann, selbst wenn in sämtlichen Betrieben die verlängerte Arbeitszeit tariflich vereinbart sein sollte. Die Erschwerung, die einem tarifgebundenen Arbeitgeber dadurch entstehen kann, daß er unbeteiligte Arbeitnehmer zu der Normalarbeitszeit beschäftigen muß, während die übrigen Arbeiter mit verlängerter Arbeitszeit, also z. B. 10 Stunden, arbeiten, kann dadurch behoben werden, daß der Arbeitgeber unbeteiligte Arbeitnehmer nur zu tariflichen Bedingungen beschäftigt. Mit dieser Berufung auf den Tarifvertrag gehören dem Betriebe nur Beteiligte an, sodaß eine einheitliche Arbeitszeit gewährleistet ist.

Im Gegensatz hierzu ist Erdmann[15] der Ansicht, daß die verlängerte Arbeitszeit auch für den unorganisierten — gemeint ist wohl für den unbeteiligten — Arbeitnehmer, „auf

14) Vereinbarung zwischen den Regierungsparteien und der Reichsregierung vom 5. 10. 1923, zit. nach der Begründung der VO. über die Arbeitszeit v. 21. 12. 1923. RArbBl. 1924, Amtl.T. S. 16; vgl. ferner Erdmann, aaO. zu § 1, Vorbem. S. 32.
15) Erdmann, aaO. zu § 5 Anm. 3, S. 66.

Grund der Verbindlichkeit eines Tarifvertrages im Wege der Ortsüblichkeit" zu gelten habe. Der Fehler Erdmanns ist daraus zu erklären, daß er in der Verbindlichkeit durch Ortsüblichkeit eine Erweiterung der Beteiligungsformen des § 1 Abs. 2 TVVO. sieht.[16] Dafür besteht aber weder ein Anlaß, noch ist eine gesetzliche Grundlage dafür vorhanden. Zu Unrecht beruft sich Erdmann zur Erhärtung seiner Meinung auf ein Schreiben des Reichsarbeitsministers.[17] Der Anfang des Schreibens erweckt zwar den Anschein, als ob auch der Unbeteiligte im tarifgebundenen Betriebe zur Innehaltung der erhöhten Arbeitszeit verpflichtet ist. Im weiteren Verlauf wird aber deutlich festgestellt, daß dieser Fall nur eintreten kann, wenn der Arbeitnehmer für sich eine Tarifbeteiligung schafft, indem er sich bei Abschluß des Arbeitsvertrages auf den Tarifvertrag beruft. Es wird hier also die Frage der Anwendung eines Tarifvertrages als der ortsüblichen Regelung überhaupt nicht berührt, sondern nur auf den Weg verwiesen, der oben zur Behebung der Schwierigkeiten als allein gangbar erkannt wurde, die sich aus der verschiedenen Arbeitszeit für die Beteiligten und die Unbeteiligten innerhalb eines Betriebes ergeben.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß für unbeteiligte Arbeitnehmer im tarifgebundenen Betriebe der Inhalt der Arbeitsverträge, soweit er nicht im einzelnen geregelt ist, sich nach dem in dem Betriebe geltenden Tarifvertrag als der ortsüblichen Regelung der Arbeitsbedingungen richtet. Ausgenommen sind lediglich tarifliche Abmachungen, die, wie etwa eine Arbeitszeitregelung, gemäß § 5 Arbeitszeit-Notgesetz als Sonderabmachungen bewußt auf die beteiligten Arbeitnehmer beschränkt sein sollen. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Uebernahme tariflicher Bestimmungen in die Arbeitsverträge der Unbeteiligten rechtlich nie den Uebergang der Tarifnormen in die Arbeitsverträge der Beteiligten gleichsteht. Der Beteiligte hat einen Anspruch auf Innehaltung des Tarifvertrages wegen der Unabdingbarkeit der Tarifnormen, der Unbeteiligte dagegen kann seine Klage nur aus dem Arbeitsvertrag herleiten, dessen Inhalt gewissermaßen erst an Hand des Tarifvertrages „rekonstruiert"

16) Vgl. oben S. 82, Anm. 4.
17) Schreiben des Reichsarbeitsministers an den Pr. Min. für Volkswohlfahrt vom 7. 1. 1924, RArbBl. 1924, Amtl.T. S. 36.

wird. Vor allem kann der Unbeteiligte sich nicht gegen eine ausdrückliche, dem Tarifvertrag widersprechende Vereinbarung deshalb wenden, weil wegen des Fehlens weiterer Bestimmungen des Arbeitsvertrages auf den Tarifvertrag zurückgegriffen werden muß.

Für die Praxis ergibt sich daher die Notwendigkeit, in erster Linie festzustellen, ob der Arbeitnehmer aus irgend einem Grunde als Beteiligter anzusehen ist, wobei besonders eingehend die Frage geprüft werden muß, ob eine stillschweigende Berufung auf den Tarifvertrag anzunehmen ist; erst dann ist der Inhalt des Arbeitsvertrages zu suchen, den für den Beteiligten der Tarifvertrag ohne Rücksicht auf abweichende, den Arbeitnehmer nicht günstiger stellende Vereinbarungen gibt, den aber für den Unbeteiligten in erster Linie die Parteivereinbarung und erst dann der Tarifvertrag als ortsübliche Regelung ausmacht. Wenn auch in den veröffentlichten Entscheidungen der Gerichte das Hauptgewicht auf die Herausarbeitung der rechtlichen Probleme gelegt werden muß, so kann man sich doch des Eindrucks nicht erwehren, daß nicht immer auf eine so eindeutige Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen Wert gelegt ist, wie sie für das Verständnis der Entscheidungsgründe notwendig wäre; zum mindesten ist das Ergebnis einer solchen Prüfung in den Entscheidungen meist dem Leser vorenthalten, sodaß er dadurch zu Mißverständnissen gelangen muß.

Die Tätigkeit der Gerichte könnte wesentlich erleichtert und die Gewähr für richtige Entscheidungen geboten wären, wenn die Parteien von vornherein bestrebt wären, klare Verhältnisse zu schaffen. Dazu gehört vor allem, daß bei Abschluß des Arbeitsvertrages die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer der vertragschließenden Organisationen gestellt wird. Wird die Frage verneint, dann müssen sich Arbeitgeber wie Arbeitnehmer darüber schlüssig werden, ob sie den Tarifvertrag zur Grundlage des Arbeitsvertrages machen wollen. Zweckmäßig müßte von dem Arbeitnehmer die ausdrückliche Erklärung gefordert werden, daß er sich auf den Tarifvertrag berufe, um jeden Zweifel über die Arbeitsbedingungen auszuschließen. Soll dagegen ein freier Arbeitsvertrag geschlossen werden, so wäre eine, am besten schriftliche Vereinbarung dahin zu treffen, daß z. B. der Lohn die und die Höhe habe, im übrigen der Tarifvertrag als vereinbart gelten solle,

oder daß der Tarifvertrag zwar im ganzen übernommen werde, jedoch unter Ausschluß der Unabdingbarkeit. Damit würde im allgemeinen eine genügend klare Grundlage für die richtige Entscheidung etwaiger Streitigkeiten gegeben sein.

V. Der Unbeteiligte beim Vorliegen eines nicht gesetzmäßigen Tarifvertrages.

Leidet ein Tarifvertrag an einem Formmangel, ist er insbesondere nicht schriftlich abgeschlossen, so bleibt er zwar ein Tarifvertrag, kann aber nicht die Wirkungen eines gesetzmäßigen Tarifvertrages auslösen. Die Rechtslage ist in diesem Fall die gleiche wie vor dem Erlaß der TVVO. Man wird daher insoweit auf die bisherigen Ergebnisse der Literatur und Rechtsprechung zurückzugreifen haben,[18] ohne jedoch bei deren Verwertung die Entwicklung des Tarifrechts außer acht zu lassen. Es kann indessen hier von einer genauen Darstellung der bisherigen Ergebnisse abgesehen werden, da es sich nur um die Lösung einer Teilfrage handelt, deren Bedeutung eben wegen der fehlenden gesetzlichen Regelung auch für das Tarifrecht vor dem 23. 12. 1918 nur geringe Bedeutung hatte, kannte doch das damalige Recht den Gegensatz Beteiligter — Unbeteiligter im heutigen Sinne nicht.

Der Zweck eines jeden Tarifvertrages ist nicht nur, die Arbeitsverträge derjenigen, die sich freiwillig ihm unterstellen, zu regeln, sondern für möglichst alle in Betracht kommenden Arbeitsverträge Geltung zu erlangen. Das BGB. bietet zwar den Tarifparteien die Möglichkeit, sich obligatorisch zu verpflichten. Es enthält aber keine Bestimmung, aus der das Wirksamwerden des Tarifvertrages auch ohne eine dahingehende Willenserklärung der Parteien oder gegen ihren Willen im Arbeitsvertrag gefolgert werden könnte. Es hat zwar an Versuchen, die Unabdingbarkeit im heutigen Sinne auch ohne die ausdrückliche Bestimmung der TVVO. aus dem Gesetz zu konstruieren, nicht gefehlt,[19] und ist auch nach dem Inkrafttreten der Verordnung vom 23. 12. 1918 wieder unternommen worden.[20] Doch hat die herrschende Lehre mit Recht eine solche Konstruktion abgelehnt.[21]

18) Vgl dazu den kurzen Ueberblick bei Hueck, Recht des Tarifvertrages, § 8, S. 85 ff.
19) Vgl. die Literatur bei Hueck, aaO. S. 94 mit Anm. 11 und 12.
20) Hanna Katz, Lücken S. 65 ff., insbes. S. 78 ff.
21) Vgl. die Begründung von Hueck, S. 95 ff., und die S. 94 Anm. 13 angegebene Literatur, sowie die oben zum Tarifrecht zitierten Schriftsteller.

Die Frage nach der Stellung des unbeteiligten Arbeitnehmers im tarifgebundenen Betriebe kann also in dem Sinne wie beim gesetzmäßigen Tarifvertrag überhaupt nicht praktisch werden. Eine begriffliche Festlegung des Unbeteiligten ist eigentlich gar nicht möglich, wenn man nicht die Unorganisierten und die Andersorganisierten, bei denen die verbandsmäßige Verpflichtung zum Abschluß eines Arbeitsvertrages zu tarifgemäßen Bedingungen wegfällt, als Unbeteiligte bezeichnen will. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang lediglich die Frage, wann eine Bindung an den Tarifvertrag, also eine Beteiligung im heutigen Sinne, durch stillschweigende Vereinbarung eintreten kann. Man wird dabei dieselben Grundsätze anzuwenden haben, die oben bei der Erörterung der Beteiligung wegen Berufung auf den Tarifvertrag festgestellt worden sind.[22] Sind dagegen nur einzelne Bestimmungen des Tarifvertrages vereinbart, oder ist der Vertragsinhalt nicht bestimmt worden, wobei allerdings der Ausschluß der Tarifbestimmungen aus den Umständen zweifelsfrei zu folgern sein muß, so ist ebenfalls über § 612 II BGB. von der ortsüblichen Regelung auszugehen. Ob das nun der in dem Betriebe geltende Tarifvertrag ist oder ein in den anderen Betrieben gleicher Art geltender gesetzmäßiger Tarifvertrag, ist Tatfrage. Grundsätzlich wird man davon auszugehen haben, daß in einem Betriebe möglichst gleichartige Arbeitsbedingungen zu gelten haben. Im allgemeinen wird daher der in dem Betriebe geltende, nicht gesetzmäßige Tarifvertrag vor dem gesetzmäßigen anderer Betriebe zu gelten haben, wenn die Arbeitsbedingungen des ersteren noch als ortsüblich angesehen werden können.

Die Frage der Arbeitszeitregelung richtet sich hier allein nach den Bestimmungen des § 1 Arbeitszeit-Notgesetz und seinen normalen Ausnahmen. Jedenfalls kann eine im Tarifvertrag vereinbarte Ueberarbeitszeit gemäß § 5 ArbZNotGes. in einem nicht gesetzmäßigen Tarifvertrag nicht vereinbart werden, sodaß die Schwierigkeit der Ausdehnung dieser Arbeitszeit auf die Unbeteiligten über § 612 Abs. II BGB. nicht praktisch werden kann.[23]

22) Vgl. oben S. 70 ff.
23) OLG. Oldenburg v. 12. 11. 1926, NZ. f. AR. 1927, Sp. 243 ff. mit weiterer Literatur.

VI. Der Unbeteiligte beim Vorliegen eines allgemein verbindlichen Tarifvertrages.

Wird ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt, dann regeln sich alle Arbeitsverträge, die seinem Geltungsbereich unterfallen, nach ihm. Der unbeteiligte Arbeitnehmer wird aber dadurch, daß er nunmehr zu tariflichen Bedingungen beschäftigt wird, nicht etwa zum Beteiligten. Er untersteht zunächst einmal in keiner Beziehung der vertragschließenden Arbeitnehmerorganisation, und sein Arbeitsvertrag hat auch nur solange tariflichen Inhalt, als die Allgemeinverbindlichkeit dauert. Wird diese aufgehoben, dann tritt der ursprüngliche Inhalt des Arbeitsvertrages wieder in Kraft. Entbehrte der beim Eintritt des Arbeitnehmers abgeschlossene Arbeitsvertrag jeder genauen Bestimmung der Arbeitsbedingungen, oder ist der unbeteiligte Arbeitnehmer während der Laufzeit des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages eingetreten, dann ist im einzelnen nach den oben[24] festgestellten Grundsätzen zu verfahren.

Die Beurteilung der Rechtslage eines unbeteiligten Arbeitnehmers bei einem allgemein verbindlichen Tarifvertrage bietet also im allgemeinen keine Schwierigkeiten. Immerhin kann im Einzelfalle die Entscheidung der Frage schwierig sein, ob eine, scheinbar zum normativen Teil des Tarifvertrages gehörige Bestimmung auf den Unbeteiligten anzuwenden ist. So hatte z. B.[25] nach dem zwischen dem Deutschen Apothekerverein und dem Verbande Deutscher Apotheker abgeschlossenen Tarifvertrage der Arbeitgeber monatlich einen bestimmten Betrag vom Gehalt abzuziehen und an eine von den Tarifparteien gegründete Verheiratetenzuschußkasse abzuführen; die Organe der Kasse (Verwaltungsrat und Aufsichtsrat) bestanden aus Mitgliedern der Tarifparteien, nur im Aufsichtsrat konnte sowohl die Arbeitgeber- wie die Arbeitnehmerseite durch je ein nicht den Parteien angehöriges Mitglied vertreten sein. Die Kasse hatte den Zweck, den Verheirateten bestimmte Zuschüsse zu zahlen, es konnten jedoch unter gewissen Voraussetzungen auch Unverheiratete unterstützt werden; andererseits war die Möglichkeit vorgesehen, die Zahlungen an einzelne Angestellte zu sperren. Blieb die

24) s. oben S. 80 ff.
25) Fabricius, NZ. f. AR. 1928, Sp. 25 ff.

Bestimmung des Gehaltsabzuges zugunsten der Verheiratetenkasse nun auch nach der Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Tarifvertrages auf die Mitglieder der Tarifparteien beschränkt oder unterlagen ihr auch die Unbeteiligten?

Die III. Zivilkammer des Landgerichts I Berlin[26] hat diese Bestimmung als zum normativen Teil gehörig angesehen und damit ihre Gültigkeit auch für die Unbeteiligten bejaht, weil in der Beitragspflicht nur eine Lohnstaffelung, die den Verheirateten, wie üblich, einen höheren Lohn sichere, enthalten sei.

Die 8. Zivilkammer desselben Gerichts[27] bezweifelt den Charakter einer derartigen Abrede als einer „Arbeitsnorm" und sieht darin auch einen Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit, weil die Unbeteiligten dadurch „zwangsweise Mitglieder der Zuschußkasse, d. h. einer Organisation bestimmter politischer und gewerkschaftlicher Richtung", würden.

Das Kammergericht[28] endlich kommt zu demselben Ergebnis; es sieht zwar in der Beitragspflicht keine „rein normative" Bestimmung, hält aber immerhin aus dem Gedanken des Vertrages zugunsten Dritter die Aufnahme einer solchen Verpflichtung in den Einzelarbeitsvertrag für möglich. Das Kammergericht begründet seinen ablehnenden Standpunkt damit, daß die Berechtigung zum Bezuge der Beiträge nicht zum normativen Teile des Tarifvertrages gehöre, und daß durch die besondere rechtliche Organisation eine Zwangsversicherung der Unbeteiligten bei einer gewerkschaftlich verwalteten Kasse herbeigeführt werde.

Man wird das Ergebnis, zu dem die 8. Zivilkammer des Landgerichts I und das Kammergericht kommt, sicher billigen müssen und zwar auch dann noch, wenn die rechtliche Organisationsform der Kasse geändert würde und ein Zuschußsystem eingeführt wäre, das tatsächlich einer Lohnstaffelung gleich käme. Begründet sind vor allem die Bedenken gegen die Zugehörigkeit einer solchen Bestimmung zum normativen Teil; denn im Grunde ist der Lohnabzug zugunsten dieser Zuschußkasse nur ein anders bezeichneter Mitgliedsbeitrag zu einer Einrichtung der Gewerkschaft. Hier kommt es jedoch weniger darauf an, die Richtigkeit einer be-

26) Urt. v. 20. 10. 1926. Wie auch die folgenden Nachweise nach Fabricius, aaO.
27) Urt. v. 17. 1. 1927.
28) Urt. v. 22. 4. 1927.

stimmten Begründung nachzuweisen, als vielmehr durch ein praktisches Beispiel darzutun, daß die Beurteilung der Rechtslage eines Unbeteiligten immer eine genaue Prüfung verlangt, ob die besondere Stellung, die der Unbeteiligte nun einmal einnimmt, genügend beachtet ist. Damit wird aber nicht etwa einem Sonderrecht und einer Sonderbehandlung der Unbeteiligten das Wort geredet.

Bestritten ist immer noch die Frage, ob ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag auch die sogenannten „Nebenberufsarbeiter", d. h. die mit Teilarbeiten im Produktionsprozeß beschäftigten Arbeitnehmer ergreift. Der Streit zielt im wesentlichen auf die Auslegung des Begriffes der „Art der Arbeit" ab. Im Gegensatz zu der früheren Auffassung sind Rechtsprechung und Wissenschaft jetzt mehr der Ansicht, die fachliche Ausdehnung nicht mehr nur nach der Art der Hantierung, sondern nach dem Betriebszweck und dem wirtschaftlichen Ziel des Unternehmens zu begrenzen.[29] Es ist oben bereits angedeutet worden, daß die einheitliche Regelung der Arbeitsbedingungen in einem Betriebe trotz der möglichst weiten Ausdehnung des Tarifvertrages in persönlicher Beziehung das erstrebenswerte Ziel ist. Damit ist aber die Ansicht Meissingers übernommen, und es erübrigt sich, die Wiederholung der Gründe und Gegengründe, die zu dieser Streitfrage in der Literatur vorgebracht worden sind. Für die Praxis dürfte es sich empfehlen, daß der Reichsarbeitsminister bei der Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages die Geltung dieses Tarifvertrages für die Nebenberufsarbeiter ausdrücklich ausschließt.

D. Schluß.

Die Regelung de lege ferenda.

Ueberblickt man die Arbeit im ganzen, so ist festzustellen, daß die Stellung des unbeteiligten Arbeitnehmers im tarifgebundenen Betriebe keineswegs eine so unklare ist, wie es zuerst den Anschein hat. Die geltenden Gesetze bieten dem Unbeteiligten die Möglichkeit, zu seinem Recht zu kommen, wenn ihm auch augenblicklich die Durchsetzung durch

29) LAG. Chemnitz vom 12. 1. 1928; Potthoff, Rspr. 28, Nr. 2332 mit weiteren Nachweisen. — Meissinger, NZ. f. AR. 1923, Sp. 33 ff.; Arbeitgeber, 1927, S. 289 zu I mit kritischer Behandlung der Literatur; vgl. auch die Bemerkung zu dem Urteil des LG. III Berlin vom 21. 10. 1921, JW. 1922, S. 324 ff.

die Bestimmung des § 11 ArbGerGes. erschwert werden kann.[30]

Die Frage, ob eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Rechtes der Unbeteiligten zu fordern ist, muß also verneint werden. Nicht eine Verbesserung der Gesetze tut not, sondern eine verständnisvolle Zusammenarbeit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern und deren Verbänden. Sobald sich die „sozialen Gegenspieler" dazu entschließen könnten, ihren egozentrischen Standpunkt zu verlassen und einen Interessenausgleich zu erstreben, wären viele der jetzt scheinbar unüberwindlichen Schwierigkeiten behoben, deren Lösung von dem Gesetzgeber doch nur vergeblich gefordert würde.

Lebenslauf.

Am 1. Februar 1903 wurde ich als Sohn des Diplom-Handelslehrers Emil Pondorf und seiner Ehefrau Anna, geb. Münzenberg, zu Berlin-Neukölln geboren. Ich besuchte das Kaiser-Friedrich-Realgymnasium zu Berlin-Neukölln und von Untertertia ab das graue Kloster zu Berlin. Ostern 1923 bestand ich das Abiturientenexamen am Park-Gymnasium zu Berlin-Tempelhof. Ich studierte an der Universität Berlin Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 27./28. Juli 1927 die erste juristische Prüfung. Seit meiner Ernennung bin ich im Kammergerichtsbezirk als Referendar beschäftigt. Das Rigorosum bestand ich in Breslau am 29. Juli 1929.

30) Statt anderer: Heß, JW. 1928 S. 637 ff.; auch Hirschfeld, ebenda, S. 1640 zu V.